BIBLIOTECA SOCIOLÓGICA INTERNACIONAL

ALFREDO ANGIOLINI

Catedrático de la Universidad de Génova

DE LOS DELITOS CULPOSOS

(ESTUDIO SOCIOLÓGICO-JURÍDICO)

VERSIÓN ESPAÑOLA

DE

JOSE BUIXO MONSERDÁ

• Tomo II •

BARCELONA.—1905

IMPRENTA DE HENRICH Y COMP.ª EN C.—EDITORES

Córcega, 348

CAPÍTULO V

LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE CULPA

La clasificación de los delincuentes por culpa aparece necesaria, como en cierto modo ya hemos podido ver, para juzgar la inadaptación que un miembro de la sociedad demuestra con su acción ú omisión, para reaccionar y proveer en todo caso con los medios más oportunos é idóneos.

Es incontestable que las medidas, las penas á que recurre nuestra ley en materia de delitos de culpa, no son las más adecuadas y convenientes. La causa de esto ha de encontrarse especialmente en el hecho de que no se quisieron ni se supieron ver las multiformes y desiguales fisonomías de los delincuentes por culpa.

Fué preciso torturar la lógica, el buen sentido, los principios fundamentales del derecho, para hacer entrar, con los principios de la escuela jurídica dominante, los delitos de culpa en las acciones punibles; pero una vez hecho el esfuerzo, una vez que podía verse á estos especiales delitos entre los verdaderos y propios delitos y se encontraba en todos un defecto de la voluntad, una conciencia de la impericia, de la negligencia, era natural que se pusiesen en común con los hechos dolo-

sos, que debiesen considerarse ó tratarse como éstos; es más natural todavía que todos estos delitos de culpa se mirasen, sino como idénticos, como semejantes entre sí, y que para todos se estableciesen las mismas condenas, los mismos castigos.

No es éste el lugar de construir una teoría general sobre la pena. Baste hacer notar que las penas privativas de la libertad personal, que pueden conseguir su intento en algunos delitos dolosos, ya que con éstos el individuo demuestra en general una inadaptación por efecto de la cual se hace necesaria la segregación perpetua ó temporal, responden mal, en ciertas clases de delitos de culpa, al intento que la verdadera pena debería proponerse.

Verdaderamente, por un lado las penas corporales, cuando están limitadas á un breve lapso de tiempo, pierden su eficacia y quedan desnaturalizadas, por lo que bien decía el capitán Griffiths que debería haber dos clases de delincuentes: los que no pudieran salir nunca de la cárcel, y los que no debieran entrar nunca en ella. Por otro lado, es innegable que, en el mayor número de los casos, la conciencia popular, el buen sentido y los principios científicos, se rebelan ante la idea de que individuos culpables solamente de alguna imprudencia ó negligencia, hayan de ser encerrados en una cárcel. Esto ha debido en cierto modo advertirlo también el legislador, que por lo regular no conmina penas corporales de larga duración para los delitos de culpa.

Pero, por lo general, las medidas medias, los términos medios, perjudican á la ciencia, á la verdad, á la justicia. Excepción hecha de una categoría especial de delincuentes culpables, que como veremos ha de ser segregada, la cárcel, aunque sea breve, es una pena injusta é inoportuna para el delito de culpa.

Sin embargo, hasta muchos de los que han com-

prendido en parte la evolución de la palabra *delito*, en especial bajo el poderoso influjo de la Sociología, no han advertido la estrecha correspondencia que existe entre el término delito y el término pena, y que una vez cambiados los principios en que se basaba el primero, cambiados los sentimientos y las ideas que lo sostenían, había de transformarse por necesidad lógica el concepto de pena.

La escuela positiva, en efecto, ha quitado á la pena las ideas de vergüenza, de deshonor que iban anexas á ella, y la mira como el mejor modo de reacción social, como el medio más seguro para sosegar la perturbación que por obra de alguien se ha producido en la sociedad.

En algunos casos (según hemos tenido que hacer notar y veremos mejor en seguida), para esta reacción, para esta defensa social, sirve el resarcimiento total ó parcial del daño producido, de suerte que, para nosotros, el resarcimiento reviste también el carácter de pena; otras veces, será preciso llegar á la segregación perpetua del delincuente, ya que la sociedad, mientras éste permanece en ella ó si puede volver libremente á la misma, se encuentra amenazada y en peligro.

Pero ¿qué significan dos ó tres meses ó hasta un año de reclusión para el cochero que ha atropellado á los viandantes, para el guarda-frenos de un ferrocarril que no ha cerrado la portezuela del tren, para el médico que ha patentizado su ignorancia en la curación de los enfermos? O en lo que han hecho estas personas no hay tal imprudencia que por ella se sienta conmovida la sociedad, y entonces basta simplemente el resarcimiento del daño; ó se advierte el peligro que supone la existencia de semejante individuo, existe la temibilidad, y entonces cualquiera comprende que este peligro cesa solamente durante el tiempo en que el individuo está en la

cárcel, y resurge así que sale de ella. En su virtud, más bien que recorrer á sanciones no idóneas é injustas, se habrá de prohibir al cochero que guíe los caballos, quitar al guarda-frenos el empleo que le está confiado, impedir al médico que ejerza la profesión en que se muestra ignorante.

Se dirá que aquellos meses y aquellos años de cárcel pueden constituir un motivo que obligue ó persuada á ser diligentes para lo futuro; nosotros, aun creyendo que en muchos casos no es posible volver diligente y prudente á una persona con algunos meses de reclusión, no negamos que hay un fondo de verdad en este razonamiento, pues la pena debe en cuanto puede tratar de hacer mejor al culpable y curarle de los vicios y defectos que le han conducido al delito.

¿Pero, acaso la reclusión, la detención, son los mejores medios para obtener esta enmienda, este mejoramiento? Muy bien notaba Berner (1) que el Estado no ha de servirse de las instituciones penales cuando las civiles consiguen su objeto, y nosotros añadimos que no se ha de llegar á la más grave de las medidas que el Estado puede emplear contra el individuo, la de privarle de la libertad, aunque sea por breve tiempo, cuando otros medios pueden conseguir igualmente el objeto deseado. Y en muchos casos, el fin que se proponen la detención ó la reclusión puede realizarse con una multa, con un trabajo obligatorio á favor del Estado, en algunos casos con la prohibición de un arte, de un oficio, ó hasta con una corrección, reprensión pública ó privada.

Todas estas medidas ejercerían en la psiquis y en la inteligencia del delincuente casi la misma influen-

---

(1) Berner, *Trattato di diritto penale* (trad. Bertola), párr. 36.

cia que puedan ejercer hoy la detención y la reclusión, y serían ciertamente menos lesivas de la libertad y también (pues hay que tener en consideración ciertas ideas y prejuicios dominantes) menos infamantes y vergonzosos. Todo esto sin considerar que el Estado, que hoy soporta gastos para el mantenimiento de cárceles y de detenidos, no sólo vendría á ahorrar, cuando se planteasen tales reformas, el mantenimiento de un gran número de detenidos (con la disminución correspondiente de celdas, vigilantes, etc.), sino que en muchos casos hasta podría por medio de las multas obtener de la comisión de delitos de culpa honrados rendimientos que podrían servir para formar una *Caja general* con la que se proveería al resarcimiento de los daños que ocurriesen por fuerza mayor ó por obra de personas que civilmente no pudiesen ser llamadas á responder.

Por lo demás, la eficacia que en los delitos de culpa puede tener la multa, ha sido también reconocida en cierto modo por el legislador italiano, cuando al prever varios delitos de culpa ha dejado al prudente arbitrio del juez la elección entre la pena pecuniaria y la corporal. Ciertamente es preciso reconocer que la pena pecuniaria es en nuestra legislación (basta compararla con la de Suiza para persuadirse de ello) un ser raquítico y desmedrado; pero la existencia de esta pena en el Código italiano, es innegablemente un embrión del principio que hemos indicado, que por las exigencias de la justicia y de la equidad ha de ir ampliando cada vez más su dominio, extendiendo sus aplicaciones.

Para disminuir el número de delitos de culpa, á cualquier categoría que queramos referirnos, los medios preventivos, los sustitutivos penales, serían más eficaces aún que las multas, las limitaciones y las prohibiciones.

Que la prevención ha de tener en la terapéutica del delito la mayor importancia, es principio sostenido desde hace un siglo por Romagnosi y por Beccaria, el cual escribía (1): «Es mejor prevenir los delitos que castigarlos», y ese principio es uno de los ejes de la nueva escuela penal. Ahora bien, si la importancia de la prevención es ciertamente grande é indiscutible en los delitos dolosos, tanto mayor habrá de serlo en los de culpa, toda vez que de los tres factores que contribuyen á formar todo delito, antropológico, físico y social, es indiscutible que los factores antropológicos ejercen una gran influencia en los delitos dolosos, en ciertos hurtos y homicidios por ejemplo; pero que en general no tienen gran eficacia en la determinación del delito de culpa, en el que los factores sociales influyen de una manera casi exclusiva, por todos los caminos directos ó indirectos. Contra estos factores han de dirigirse pues los medios preventivos. Y no se podrá objetar que los medios preventivos nada tienen que ver con la función penal, pues bien ha demostrado Ferri que «prevención y represión no son más que dos momentos de una sola é idéntica función histórica, compuesta de un mismo órgano en vista de un mismo fin» (2).

En este punto, antes de ir más adelante, es necesario responder á una objeción que en materia de culpa presenta Alimena (3) á la escuela positiva, objeción que pone de manifiesto — séanos permitido decirlo — las falsas ideas que se ha formado este criminalista sobre la nueva escuela. Después de haber afirmado Alimena que la anomalía y la mal-

(1) C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, pár. XLI.
(2) E. Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 548 y siguientes.
(3) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I, págs. 451-452.

dad del delincuente no tienen aqui aplicación y que no existe el tipo antropológico del delincuente por culpa, olvidando así que, además de la temibilidad por maldad *(Bosheit)*, hay la temibilidad por ligereza *(Muthwillighest)*, viene á sostener que en la culpa no pueden tener aplicación los llamados sustitutivos penales (1), ni basta que se opongan al delito simples medios reparadores.

También nosotros creemos que los medios reparatorios no pueden bastar en todos los casos, porque la sola permanencia del individuo en la sociedad, el solo hecho de que ejerce una profesión determinada ó de que ocupa un puesto determinado, algunas veces hacen surgir el peligro; pero no comprendemos en modo alguno por qué ocultas razones no pueden encontrar aplicación en la culpa los sustitutivos penales.

Si por sustitutivos penales se entienden en el ordenamiento jurídico-criminal «aquellas medidas á que es preciso recurrir en sustitución de las penas que han fracasado en su fin de satisfacer la necesidad social del orden», si su fin último es evitar y prevenir el delito, cuando no nos formemos una idea estrecha y mezquina del delito de culpa sino que lo encontremos donde quiera que haya impericia, negligencia, más bien habremos de decir que los sustitutivos penales tienen en el delito de culpa la importancia mayor que darse pueda. Medidas de carácter económico que podrían parecer las más extrañas y menos adecuadas, ejercen influencia en los delitos de culpa; así por ejemplo, un aumento en los salarios puede hacer disminuir los accidentes del trabajo; medidas de carácter familiar como la privación de la patria potestad, pueden evitar graves

(1) Para los sustitutivos penales, véase Ferri, ob. cit., págs. 311-64.

daños físicos ó morales á la familia de un brutal borracho.

No se diga, pues, que los sustitutivos penales no pueden aplicarse á los delitos por imprudencia, negligencia, impericia, etc.; dígase, por el contrario, que en ellos ha de fiar principalmente el legislador, que sólo ellos pueden reducir á un nivel más bajo el enorme número de los hechos culpables que hoy se deploran, que hoy son causa de que tantos maldigan la nueva luz de la civilización y del progreso.

Es fuerza reconocerlo, y nos place repetirlo una vez más: los delitos por culpa están en línea ascendente hasta en aquellos países en que la criminalidad dolosa, que revela la maldad y la brutalidad, está en continuo decrecimiento; aumentan desmedidamente porque las disposiciones que generalmente se encuentran en los códigos penales, son abstractas y genéricas, consideran los delitos de culpa mas dispares, más diversos, como cosa semejante y homogénea.

Dejamos de hacer observar que *en realidad* no se comprenden en los artículos del código penal muchos hechos culpables que virtualmente, en potencia, están en él, aunque no fuese ánimo del legislador preverlos y castigarlos (como transmisión de enfermedades infecciosas, accidentes por impericia ó imprudencia); omitimos hacer observar que, con los imperfectos medios de prueba de que se sirve el juez en ciertos casos, y especialmente en los más graves, la culpa tan sólo consigue probarse cuando aparece evidentísima á los ojos de todos; y omitimos hacer ver que el ciudadano de nuestra imperfecta sociedad no tiene todavía un concepto exacto de sus derechos y de sus deberes. Todos estos son factores que contribuyen á hacer verdaderamente extraordinario el número de los delitos de culpa efectivos; pero el factor que mayormente contribuye á ello, es la falta de

idoneidad de la pena para las varias categorías de delincuentes, la falta de idoneidad de la reacción contra hechos, amenazas, temibilidades tan distintas.

Es necesario, pues, volver á la clasificación de aquellos delitos de culpa que hasta hoy han sido considerados y sin razón, aun por los positivistas que se han ocupado en ellos, como de la misma índole y de la misma naturaleza.

Cuando se clasifiquen científicamente, los delincuentes por culpa aparecerán muy diferentes, con fisonomías propias, tanto que, para la defensa social, ora se requerirán los medios preventivos, ora los represivos, ora los reparadores, ora los eliminativos. La clasificación se hace pues necesaria; pero antes de presentarla, es oportuno hacer notar que el mismo Ferri incurre en inexactitud cuando habla de los delitos de culpa como de hechos homogéneos, semejantes, de la misma índole.

Ferri, precisamente en el principio de la *Sociología criminal* (1), coloca los delincuentes por culpa entre los delincuentes de ocasión, y en la última parte del libro, al hablar de las medidas que han de tomarse contra esta clase de criminales, las propone óptimas y dignas de encomio, pero pierde de vista el delincuente, ó por mejor decir, el delito de culpa. Todas las medidas en que insiste Ferri castigan el tipo de delincuente de ocasión que está en la mente de todo el mundo como prototipo de la clase, es decir, aquel individuo que presenta alguna parte mala ó alguna patología en el sentimiento, que es arrastrado al delito por los factores sociales, pero que sin embargo lo comete llevando á él sus intenciones propias. Así deja á un lado, olvida el hecho culpable, que si alguna vez revela el máximo de la imprudencia y una

(1) E. Ferri, ob. cit., pág. 185.

gran temibilidad, con frecuencia no va acompañado de una anomalía del sentimiento y nunca de una intención clara y precisa.

Decimos que *con frecuencia* no va acompañada la temibilidad de una anomalía del sentimiento porque también hay casos (que es inútil recordar aquí) en los cuales, como escribe Garofalo (1), «la falta de previsión y de atención deriva de cierta escasez de altruismo, en cuanto por pereza ó para satisfacer un capricho, se pone en peligro la vida y la salud de los hombres». En estos casos, que por lo demás ha hecho resaltar el mismo Ferri equiparándolos á los delitos cometidos por maldad, es innegable un defecto en el sentimiento de piedad, defecto que hace que tales delincuentes salgan de la categoría de los criminales de ocasión para entrar en la de los criminaloides.

Ferri incluía los delincuentes por culpa en los criminales de ocasión, porque aceptaba de la culpa el concepto restringido y mezquino que de ella había formado la escuela clásica, concepto en el que nadie se había detenido de propósito, por parecer que los delitos de culpa sin intención no habían de tener gran importancia; pero nosotros, que hemos podido entrever cuán diversas categorías de delitos de culpa pueden existir, decimos que no es exacto declarar delincuentes de ocasión á todos los delincuentes por culpa, y asimilar siempre los medios de prevención y represión para unos y otros.

El criminal culpable no puede formar un tipo especial de delincuente: encontraremos delincuentes por culpa inofensivos, á los que colocaremos entre los delincuentes ocasionales, encontraremos otros temibilísimos que incluiremos en los criminaloides, y por esto, al tratar de los delitos cometidos sin in-

(1) Garofalo, *Criminologia*, pág. 473.

tención, de los delitos de culpa, habremos de comprender en ellos los tipos más desiguales.

En resumen, el criminal por culpa se diferencia también del delincuente ocasional, y puede decirse casi que está en contraposición con el doloso, pudiendo ser temible en grado máximo como éste ó completamente inofensivo. Por consiguiente, no se podrá dar como regla, hablando en general de los delitos de culpa, que las medidas que han de tomarse contra ellos serán siempre las menos graves: podrá haber necesidad para la defensa social del medio defensivo más enérgico, así como podremos pasarnos algunas veces hasta del más suave sin causar trastorno alguno. No se podrá decir por consiguiente, como parece querer Ferri (1), que los delitos de culpa serán sustraídos á las sanciones estrechamente represivas, antes bien en algunos casos será necesario recurrir hasta á los eliminativos: el sifilítico que ha contagiado á su mujer y que evidentemente, aunque ningún jurista lo haya reparado, es un delincuente por culpa, habrá de ser eliminado de la sociedad y enviado al sifilicomio. Recurrir en este caso á los medios eliminativos si éstos tienen por fin «expeler del cuerpo social los elementos no asimilables que serían un continuo peligro» (2), es un derecho y un deber para la sociedad.

Así también habremos de hacer uso con bastante amplitud de los medios represivos: la suspensión del ejercicio de la profesión ó del oficio, resultaría en ciertos casos la más útil y severa de las sanciones.

Sin extendernos más por ahora sobre los medios reparadores, que están representados esencialmente por el resarcimiento del daño, y recordando la gran

(1) E. Ferri, ob. cit., pág. 558.
(2) Idem, ibidem, pág. 559.

importancia de los medios preventivos que se compenetran con los sustitutivos penales, es interesante hacer observar que, algunas veces, de un hecho culpable no le resulta á la sociedad daño ni peligro alguno; la negligencia se asocia á la desgracia de tal modo, se compenetra con ella de tal suerte, que la mejor de todas las medidas es no tomar ninguna.

Lo que hemos dicho nos demuestra la necesidad de una clasificación de los delincuentes por culpa. Por lo demás, nos allanan el camino para llegar á ella las conclusiones que formulamos cuando hicimos indicaciones sobre el procedimiento psico-fisiológico de la voluntad, de la conciencia, de la atención. La clasificación será ciertamente algo artificial, algo convencional, puesto que distinciones claras y científicas no pueden formularse en semejante materia, pero nos ayudará y dará facilidades en nuestra tarea, cuando queriendo obrar con justicia, tratemos de proporcionar la defensa á la temibilidad demostrada por cada uno.

La primera categoría de delincuentes por culpa comprende aquellos en cuyas acciones es querida, conciente la causa inmediata que da origen al acontecimiento luctuoso, y es previsto también el efecto, que se esperaba no ocurriese. Sin embargo, la justicia exige que se separen de esta clase aquellas acciones en que, aun siendo previsto el efecto lesivo (que sigue á una causa querida), no existe prueba de la preveibilidad, de la previsión que el agente ha tenido de las consecuencias. Por ejemplo, el que ha dejado una escopeta cargada en un cuarto poco frecuentado, puede muy bien haber previsto que al entrar alguien en dicho cuarto podía herirse ó herir á otro; en este caso concreto, la prueba de la preveibilidad es difícil, por no decir imposible, y por otra parte, es más verosímil, más humano, suponer que el castigo no ha surgido tampoco en la mente poco reflexiva del individuo.

Separados estos hechos, vemos que en los delitos de culpa de esta primera categoría entran muchas acciones cuya temibilidad es patente, grave. Casi podría decirse que, en muchos casos, tenemos verdaderamente en aquella falta de diligencia una ofensa al sentimiento de piedad ó de humanidad, en una palabra, que entran en el *delito natural* que merece verdaderas sanciones penales.

Como ya hemos indicado, Garofalo repara en esto, y aun cuando no examine en las cuatro categorías el delito de culpa fuera del delito natural (1), quiere no obstante castigar como ofensa al sentimiento de piedad y de humanidad el exceso de trabajo impuesto á los niños, la especialidad de un trabajo capaz de paralizar el desarrollo de su cuerpo ó de perjudicar su salud (2). «En la conciencia pública, escribe muy bien Garofalo (3), tales hechos son considerados ya como verdaderas perversidades, y sin embargo no hay en ellos la intención directa de causar el mal.»

Ciertamente que el empresario deseará que el organismo del niño, sometido por él á duras fatigas, no sufra daños y trastornos por su culpa; pero con todo, existe el reclutamiento querido y conciente de este niño, hay la falta de diligencia por efecto del egoísmo, de la avaricia de un empresario que trata de economizar cuanto puede, hay un defecto en los sentimientos de humanidad, de altruismo, que son vencidos por el apego al dinero, hay en fin la previsión de las tristes consecuencias, y por esto hay una temibilidad tan grande como cualquiera otra. hay un peligro permanente para la sociedad en tanto que el industrial pueda cometer impunemente semejantes delitos.

---

(1) Garofalo, ob. cit., pág. 48.
(2) Idem, ibidem, pág. 49.
(3) Idem, ibidem, pág. 41.

Hay también otros casos, fuera de los citados por Garofalo, en los cuales es querida la causa, previsto el efecto, y en que la falta de diligencia revela falta de aquel sentimiento de altruismo que es necesario para la sociedad, revela un peligro al que es preciso poner remedio. Aludimos á los accidentes del trabajo, á las catástrofes de ferrocarriles, que dependen casi exclusivamente de la avaricia sórdida y bellaca de ávidos capitalistas y empresarios, por más que la causa material del daño deba referirse siempre á empleados y obreros (1); aludimos también á las enfermedades contagiosas que el infectado transmite á su esposa, á sus hijos, á la amante á la cual seduce, y todo para satisfacer sus libidinosos apetitos, para los que no es obstáculo suficiente el temor de sacrificar de un modo horrible á tantos inocentes. En tales hechos, en que la falta de previsión podría llamarse querida, en que triunfan el

(1) Para poner un ejemplo, recordemos la catástrofe ocurrida en la mina de azufre de Fratepaolo (provincia de Girgenti) en 24 Septiembre de 1897, que costó la vida á 37 operarios y en la que unos 67 quedaron heridos. He aquí lo que escribió á este propósito *La Tribuna* de 26 Septiembre 1897: «El ingeniero y el capataz atribuyen el enorme desastre al efecto de la gran masa de agua existente en la mina; *pero la voz pública atribuye la catástrofe á la avidez de ganancias del explotador de la mina y á la imprevisión del personal directivo*. Se quitaban ó bien se adelgazaban las columnas dejadas antiguamente para sostener los tajos en explotación porque había columnas riquísimas en azufre de excelente calidad y de fácil extracción. El peligro había sido previsto y era opinión general que había de sobrevenir una gran desgracia, y que el peligro se había anunciado con ruidos, crujidos y hundimientos parciales. Pocos días antes, un cascote desprendido de la bóveda le había arrancado á un operario una buena parte del cuero cabelludo. Otro, que quedó sepultado, se había negado á entrar, y el capataz le había tranquilizado, diciendo que el director desechaba todo temor de peligro.»

egoísmo más descarado y la concupiscencia más asquerosa, la temibilidad del individuo es máxima.

No se diga que las hipótesis supuestas por nosotros se presentan raramente, que difícilmente pueden imaginarse. Podríamos contestar inmediatamente con Carrara (1) que la ciencia ha de prever y la ley proveer á cada caso criminoso con tal que sea posible el caso, y posible, aunque ardua, la prueba. Por lo demás, conforme escribe un valiente médico, Pieraccini (2), «en la literatura médica se cuentan á centenares los casos en que un cónyuge tísico ha contagiado al otro.» Uno solo cita que nos place reproducir: «Un hombre, hijo de madre tísica, con dos hermanitos y una hermanita muertos tísicos, que sufrió de joven diversas enfermedades de pecho y escupió sangre á veinte y veintiún años, se casó á los veintisiete. Pues bien, se casó cuatro veces, y contagió sucesivamente á las cuatro mujeres, que murieron tísicas. Acabó tuberculoso, y la autopsia demostró la existencia en los pulmones de lesiones tuberculosas recientes al lado de antiguas lesiones cicatrizadas.»

En presencia de semejantes monstruosidades, de semejantes infamias que pueden cometerse con el beneplácito de la ley, hasta con su intervención, no podemos menos de repetir con Pieraccini: «Un tísico puede morir plácidamente habiendo sacrificado cuatro víctimas á sus amores; en los presidios y en los manicomios criminales se ven muchos individuos que, en punto á asesinatos, sólo han cometido uno.»

Todo el mundo comprende que, en semejantes casos, lo mismo que en la hipótesis de empresarios

---

(1) Carrara, *Programma*. Parte general, vol. II, § 58.

(2) G. Pieraccini, *La difesa della società dalle malattie trasmissibili*, páginas 109-110. Turín, Bocca, 1895.

é industriales imprudentes por avaricia y egoismo, nos hallamos con frecuencia ante los individuos que Lombroso llamó *criminaloides*, y Benedikt *hombres canallas*, es decir, individuos que tienen gran habilidad para conocer los defectos de la ley y para abusar de ella; nos encontramos ante los *instintivos* de Garofalo, desprovistos de sentido moral y de instintos egoistas hipertróficos.

Letourneau dejaba entrever cuál será la futura moral cuando escribía á propósito de los accidentes del trabajo: «Dar de puñaladas á un hombre y robarle ó envenenar un gran número de ellos en los talleres son dos actos perfectamente parangonables», y Ferri, mirando la cuestión más bien desde el punto de vista jurídico, escribía las siguientes justas palabras (1): «Ahora, el que mata á un hombre de una puñalada, es condenado por homicidio, y con justicia; pero es igualmente homicida si bien de un modo indirecto, el capitalista que por codicia de mayores ganancias no pone en la explotación de una mina los necesarios artefactos preventivos, de manera que algún minero muere de resultas de una explosión de gas ó por otro accidente, siendo así que el capitalista no es procesado ni siquiera por homicidio culpable.» Y al tratar de las enfermedades transmisibles, el ya citado Pieraccini resumía un pensamiento que al presente ha conquistado las conciencias científicas y civilizadas de todos los países, cuando escribía: «Traer al mundo hijos enfermos é infelices, es un delito» (2).

Muchas otras personas cometen delitos de culpa de otros modos, siempre por avaricia y egoismo;

---

(1) E. Ferri, *L'omicidio nell'antropologia criminale*, pág. 468. Turín, Bocca, 1895; el mismo, *Socialismo e scienza positiva*, págs. 118 y 145. Roma.
(2) G. Pieraccini, ob. cit., pág. 108.

pero es imposible hacer de ellos una enumeración ordenada y cuidadosa. Unicamente por vía de ejemplos, recordaremos á los que sin intención venden comestibles insalubres, como lo serían harinas envenenadas por la mala conservación de las máquinas con que fué molido el grano, pescados podridos, embutidos de carne de cerdos muertos de enfermedad, aguas corrompidas que ocasionan enfermedades, infecciones, muertes en número extraordinario é incalculable; recordaremos también á los industriales que abrumando de trabajo á sus operarios, les acarrean graves daños en el cuerpo y en la psiquis; recordaremos por último á aquellos propietarios que alquilan habitaciones, ó por mejor decir, tugurios, violando de esta manera todas las reglas de la higiene y contribuyendo á la destrucción del cuerpo de tantos miserables, al incremento del vicio y del delito (1).

Si ahora, sin reseguir las bases científicas sobre las cuales hemos tratado de sentar esta clasificación nuestra, consideramos por un momento las varias acciones delictuosas que hemos indicado en esta categoría, vemos enseguida que todas estas acciones, aun cuando puedan referirse á personas que tienen un diferente grado de temibilidad, sin embargo serán ejecutadas siempre por imprudentes, por negligentes, por incautos que presentan caracteres peculiares, que se distinguen por una fisonomía que les es propia.

Todos estos criminales, por más que sea diverso el modo con que han delinquido, presentan un carácter fundamental y común: el egoísmo, la avaricia, la anestesia de los sentimientos altruistas, de-

---

(1) Sobre esta especie de propietarios criminales, véase Ferrini, *Delinquenti scaltri e fortunati*, páginas 523 y siguientes. 1897.

fectos y vicios que les llevan á ocasionar á los coasociados un daño no intencional, pero frecuentemente grave, incalculable.

Podemos decir, pues, que la primera categoría de delincuentes por culpa está representada por aquellos que cometen un delito de culpa por sórdida avaricia, por falta de sentido moral y altruista.

Después de la categoría de los delincuentes por culpa que revelan falta de sentido moral y que representan, según hemos podido ver, una gran temibilidad, creemos oportuno y conveniente colocar aquella clase de delincuentes por culpa en los cuales vimos que no está previsto el efecto, que no es tampoco conciente ni querida la causa inmediata que ha dado origen al efecto lesivo, pero que ofrecen cierta importancia y algunas veces son bastante temibles, porque la falta de castigo revela una impericia que es una amenaza, un peligro para los coasociados.

Médicos ignorantes que no saben distinguir las enfermedades más sencillas ó indicar los remedios más usuales, que cometen vulgares errores de diagnóstico; ingenieros que construyen edificios, puentes, bóvedas que se hunden al mes ó á los dos meses de construídos; generales que no conocen los principios elementales del arte de la guerra y de la estrategia; ministros que ignorando las leyes económicas y sociales de los pueblos, ocasionan la ruina de los gobernados; jefes de estación irreflexivos por naturaleza y que no tienen la energía suficiente para hacer marchar el servicio con la regularidad, con el orden que se imponen: he aquí, tomados al azar, algunos representantes de tantos y tantos grupos de personas que pueden entrar en esta categoría de los imperitos.

En esta clase entran también los millares de personas que, habiendo de atemperarse á ciertas leyes,

á ciertos órdenes, á ciertos reglamentos impuestos para la salud pública, para la seguridad social, faltan á su deber. La temibilidad de éstos evidentemente reconoce también causas sociales, en cuanto la sociedad no ha sabido proceder con la elección criterio acertado; pero de todos modos, el peligro que deriva de esa presencia es grave, muy grave, puede ser causa de males inmensos, de desastres extraordinarios. Por esto la sociedad tiene la obligación de defenderse de su acción peligrosa, poniéndolos en condiciones de no causar perjuicios.

Conforme veremos á su tiempo, las medidas que han de tomarse contra esta clase de delitos de culpa, si serán de las más idóneas y eficaces que puedan imaginarse y ponerse en planta, serán también de las más severas y llenas de penosas consecuencias para el que ha de sufrirlas. Será menester por lo tanto considerar si el error depende de circunstancias especiales, momentáneas, que puedan turbar la mente y volver anormal en determinadas contingencias al individuo, ó bien si el error es connatural á la índole, al carácter del delincuente, si éste se equivoca, yerra por un defecto orgánico, por un vicio de su cerebro. Naturalmente, será importante ver, cuando se cometa el delito de culpa, si el individuo ha delinquido nunca en hechos análogos, si es reincidente, porqué si el cirujano, por ejemplo, se equivoca en sus operaciones no una vez sola, sino dos ó tres, no en una persona sola sino en varias, podremos decir con mayor probabilidad y mayor fuerza de argumentos que el cirujano ha revelado su impericia, su temibilidad. De igual modo, todos aquellos que, adscritos á especiales funciones delicadas, á oficios peligrosos, á profesiones en que se necesita cautela, reinciden en la culpa, ponen de manifiesto su ineptitud para las funciones que les están encomendadas.

Scheurlen consideró mejor que nadie la reincidencia en los delitos de culpa, escribiendo que el que por segunda vez ocasiona un daño culpable, manifiesta una culpa y una negligencia mayores: en nuestro código hay un aumento en la pena de un sexto á un tercio. La reincidencia tiene ciertamente importancia en toda clase de delitos de culpa, como la tiene en los delitos dolosos; pero la gravedad mayor la presenta, por lo que se relaciona con los delitos involuntarios, en los que son producto de la impericia. Cuando hay reincidencia, la impericia aparece manifiesta, patente, innegable, y es necesario, por consiguiente, recurrir á medios enérgicos para defender á la sociedad de la acción peligrosa del individuo.

Si es verdad (y bajo muchos aspectos no lo dudamos) lo que escribía Courcelle-Seneuil (1) «que el homicida por casualidad es castigado con una pena menor y hasta absuelto, porque no resulta del examen de los hechos que por carácter é inclinación sea fácilmente capaz de cometer otros delitos», en el caso de reincidencia culpable — puesto que el hecho viene á contradecir toda presunción — la ley ha de ser severa para defender los derechos y los intereses de los coasociados.

Pero hasta cuando no hay reincidencia, ha de ser castigada la impericia en el que se muestra inepto en un arte, en una profesión: se le ha de poner en la imposibilidad de causar daño. Sin embargo, en la comprobación de esta imprudencia se ha de proceder siempre con reflexión y con cautela, pues algunas veces (según ya hemos indicado) aquel error que parecía producto de la impericia está causado al contrario por una alteración, por una desviación

(1) Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, pág. 256.—Paris, 1887.

momentánea, y otras, en especial cuando se trata de operarios, de empleados que desempeñan funciones importantes y delicadas, el error es una consecuencia lógica y necesaria del cansancio material ó intelectual de aquellos desgraciados, por manera que la falta de atención llega á ser necesaria y puede conducir al error á la persona más práctica y experta.

Así pasamos á la tercera categoría de delincuentes por culpa, en los cuales ha sido conciente la causa sin que por esto hayan previsto el efecto. En esta categoría entra la mayor parte de los individuos que más comúnmente se consideran como delincuentes por culpa, los que se presentan al pensamiento cuando se habla de falta de atención y de negligencia, los que con más frecuencia juzgan nuestros tribunales, y los que han examinado los juristas cuando han considerado con piedad y benevolencia el delito de culpa.

Como fácilmente puede ver cualquiera, mientras cada una de las dos categorías precedentes comprende tipos que tienen semejanzas y analogías entre sí, en este grupo al contrario entran personas absolutamente desemejantes: desde el imprudente que deja aproximar un niño á la máquina en movimiento y le deja poner la mano entre las poleas que se la tronchan, hasta el hombre distraído que mirando al cielo cae en una zanja, ó pensando en su ciencia topa con un niño que anda delante de él y le causa graves lesiones.

En estos casos hay sin embargo algo común: un defecto en el mecanismo de la atención, defecto que en la mujer es producto en gran parte del ambiente en que vive, de la ignorancia, de la poca educación inherente á sus condiciones sociales, y en el sabio. por el contrario, se origina en el hecho de que el poder atentivo se desarrolla en menoscabo del poder distributivo necesario en la convivencia social.

Juntamente con la falta de atención, influye en esta categoría de delitos la impreveibilidad, el defecto en el poder de asociación, ese defecto propio de tantas personas, especialmente de baja condición, sin instrucción, que no saben ver las relaciones que existen entre las cosas, que no distinguen los vínculos entre causa y efecto, y no comprenden las posibles, ó por mejor decir, las probables consecuencias que pueden resultar de ciertos hechos.

Este defecto en la percepción de las relaciones de causalidad no ha de confundirse con la falta de atención. Para convencerse de ello, basta pensar que muchos, aun poniendo toda la atención posible y estando provistos de un mediano poder atentivo, no saben descubrir las relaciones entre las cosas.

Como hemos indicado, en esta categoría de delitos de culpa, que dependen de un defecto en el mecanismo de la atención ó en la facultad asociativa, entran la mayor parte de los delitos de culpa que hoy pueden hacerse constar y que castigan nuestros códigos: el hecho del que forcejeando en broma con otro le mata, el del ciclista ó del cochero que atropellan á los transeuntes, el del que imprudentemente tira un fósforo encima de materias inflamables y así sucesivamente, hechos todos para los cuales resulta excesiva la palabra temibilidad, pero que producen sin embargo en la sociedad cierta perturbación, cierto desequilibrio.

Con efecto, si no presenta ninguna anti-socialidad la pobre mujer del campo que durmiendo por necesidad imprescindible con su niño le ahoga con el peso de su cuerpo — ya que por un lado la miseria la obliga á dormir con su hijo, y por otro lado ignora que de aquel modo pueda producirse la asfixia — no podrá decirse lo mismo del cazador que, aun debiendo de saber que en un cuarto hay varios niños, deja en él imprudentemente su escopeta. La

imprudencia, la negligencia del cazador originan por lo general cierta perturbación, revelan algún peligro; puede ocurrir también que en este caso especial intervengan hechos para demostrar que la imprudencia fué cosa momentánea y fatal, pero con todo, había de cruzar por la mente de un cazador el pensamiento del peligro que representa abandonar una escopeta cargada.

Antes de terminar con esta primera categoría, es interesante hacer observar que, muchas veces, especialmente cuando la culpa se presenta en un hecho que no está en las costumbres del agente, antes bien debe considerarse como un hecho nuevo, extraordinario, podemos decir que ha faltado aquella agrupación sistemática de las ideas por la que ninguna queda aislada en nosotros (1). Para que se formen estas uniones, se requiere un ejercicio, una preparación especial, y por consiguiente no hay en tal caso gran peligro por resultado de la acción culpable, que no será repetida por su autor (2).

Sin embargo, cualquiera que pueda ser la perturbación y el peligro en la sociedad por efecto de la comisión de alguno de tales delitos de culpa, hemos de recordar lo siguiente: la característica que dis-

---

(1) Guyau, *Education et hérédité*, pág. 120. París, 1889.

(2) Sobre la menor temibilidad de estos delincuentes por culpa, injustamente elevada á regla general para todos, véase (además de Ferrarotti, *Commentario pratico del codice penale*, pág. 5. Turín, 1860) Bentham, *Principes du code pénal*, cap. I, pág. 123, en la cual se lee: «que un hombre haya cometido un delito, sabiéndolo y queriéndolo ó sin saberlo ni quererlo, el mal inmediato es el mismo, pero la alarma que de ello resulta es bien diferente»; y además Levy-Bruhl (*L'idée de la responsabilité*, págs. 44-45. París, 1884) el cual dice: «El imprudente no ha merecido el mismo castigo que el asesino; se ha encontrado por efecto de un desgraciado concurso de circunstancias, en una condición *análoga*, si no *idéntica*, á la de los irresponsables».

tingue á los delincuentes por culpa de esta clase, es un defecto en el mecanismo de la atención ó en el poder asociativo.

De este modo hemos llegado á la última categoria, formada por los que no han previsto el efecto, y en los cuales además fué inconciente la causa que ha dado origen á aquel efecto.

Ciertamente que también en los hechos recordados más arriba del cazador que deja la escopeta cargada en una estancia abierta á todo el mundo y del que tira un fósforo donde están amontonadas materias inflamables, las acciones que son causa del daño pueden ser inconcientes é involuntarias, pero hasta que se pruebe lo contrario, nos asiste la razón para tenerlas por acciones concientes y voluntarias.

En ciertos casos (que precisamente vienen á constituir la presente categoría) la inconciencia de la causa se manifiesta evidentemente, innegablemente, como por ejemplo en el hecho de un obrero que fatigado por el trabajo, deja caer una viga que abre la cabeza ó rompe las piernas á algún transeunte.

En esta categoría no entran por lo general más que operarios, obreros que en el empleo de materias, de sustancias, de máquinas peligrosas, no pueden desplegar aquella prudencia que sería necesaria y para la cual se necesitaría tranquilidad de ánimo y un organismo no fatigado. Aun en el caso de que ocurra el hecho luctuoso, la temibilidad del individuo puede por lo general llamarse nula ó es tal que solamente despierta escasísima aprensión, porque hasta el hombre más normal habría podido, puesto en iguales condiciones, ocasionar la catástrofe. En estos casos, el individuo ha desaparecido, ha llegado á ser semejante á una máquina que funciona automáticamente, inconcientemente, y la responsabilidad del hecho luctuoso ha de atribuirse á aquel industrial, á aquel empresario de que ya hemos

hablado, que impulsados por la avaricia y el egoísmo abruman de fatiga á sus operarios y no se preocupan de proveer á lo que puede impedir catástrofes, ó bien recae sobre la sociedad, á la que ha de llamarse responsable, ó porque no ha impuesto las oportunas precauciones, los medios preventivos, ó por el hecho de que está siempre llamada á responder del caso fortuito.

Esta última clase de delincuentes por culpa, es la que abraza mayor número de desgraciados, de gente que es verdaderamente digna de lástima, pues por necesidad del ambiente, por la fuerza de las cosas, por *surménage* fisiológico é intelectual se ven obligados á volverse negligentes, incautos, á olvidar la prudencia que se necesita para vivir en sociedad.

En su virtud, resumiendo las distinciones que de los delincuentes por culpa hemos hecho, tenemos cuatro categorías con temibilidad que por lo general va progresivamente menguando:

1.º *Delincuentes culpables por falta de sentido moral, de altruismo.*

2.º *Delincuentes culpables por impericia, por ineptitud.*

3.º *Delincuentes culpables por defectos en el mecanismo de la atención ó en las facultades asociativas.*

4.º *Delincuentes culpables por la fuerza del ambiente, por surménage físico é intelectual.*

CAPÍTULO VI

LA ESTADÍSTICA DE LOS DELITOS DE CULPA

Después de haber visto la importancia del delito de culpa, de cuán variadas maneras pueden causar daño la impericia, la imprudencia y la negligencia, y cuán diferentes formas de delito de culpa se cometen cada día, sería útil presentar las tablas estadísticas de los delitos involuntarios, ya que demostrarían elocuentemente, mejor que cualquier argumentación, la gravedad é importancia de esta forma criminosa, y convencerían de que es tiempo ya para la defensa social de proceder enérgicamente á la prevención y represión de los delitos de culpa.

Para que las cifras estadísticas tuviesen cierta exactitud y se aproximasen al número real y efectivo de los delitos de culpa que se cometen, sería necesario poder presentar las de cada una de las categorías indicadas en el capítulo precedente; pero esto, como cualquiera comprende fácilmente, es imposible por diferentes razones. En primer lugar, la ley, al prever los delitos de culpa, no hace ninguna distinción entre los que se cometen por impericia, los que se originan en una relación de causalidad defectuosa, los que deben atribuirse á falta de sentido moral, y los debidos á la inconciencia. Por

consiguiente, es imposible obtener, una distinción de los delitos de culpa que tenga en cuenta nuestras cuatro categorías, y si queremos presentar algunas cifras estadísticas de los delitos de culpa, es preciso considerarlos á todos en junto. Sólo alguna vez podremos presentar estadísticas especiales de los accidentes violentos del trabajo, de las catástrofes de ferrocarriles, etc. Pero, lo que es peor aún, tampoco con las cifras estadísticas podremos formarnos concepto numéricamente aproximativo de todos los delitos de culpa que se cometen, porque muchas y graves acciones criminosas involuntarias no son previstas, según ya hemos visto, por la ley penal; después, otras que podrían ser castigadas, no son perseguidas.

Para convencernos de esto, basta considerar en qué hechos criminales prevé nuestra ley la involuntariedad, la culpa.

En el art. 371 del Código penal está castigado el homicidio; en el 375 la lesión personal; en los artículos 311, 314 y 323, tenemos los delitos de culpa contra la incolumidad pública (incendio, peligro de accidentes en los caminos de hierro, peligro para la seguridad pública); en los arts. 386 y 389 el abandono de niños y personas incapaces de gobernarse por sí mismas.

Otros artículos del mismo Código prevén la revelación culpable de secretos concernientes á la seguridad del Estado (art. 109), la violación de ellos y la sustracción culpable de lugares de depósito público (arts. 201 y 203), el incumplimiento culpable de obligaciones en los suministros públicos (artículo 205) y la exacción culpable (art. 229).

A estos delitos podríamos agregar—para tener un concepto de la criminalidad por culpa legal—gran parte de las contravenciones, especialmente las concernientes á la incolumidad pública. En efecto,

prevéanse las contravenciones relativas á las armas y á las materias explosivas (art. 460-9), ó las relativas á las ruinas y á la omisión de reparación de los edificios (art. 471-2), ó los que tocan á las señales y aparatos de servicio público (art. 473-4), ó las referentes á la echazón y colocación peligrosa de cosas (art. 475-6), á la custodia de persona enajenada mentalmente (art. 477-9), ó en fin, á la omisión de custodia de animales y vehículos (art. 480), en todos estos casos se castiga la negligencia, la imprudencia, la impericia, en todos estos casos tenemos tentativas de delito de culpa.

Ahora bien, si todas estas disposiciones de la ley son por un lado suficientes para demostrar la importancia de los delitos debidos á la imprudencia, á la negligencia, á la ignorancia, no nos ofrecen (aun en el caso de que tuviésemos las cifras estadísticas de cada una) una idea aproximativa de los delitos de culpa que se cometen. Por ejemplo, nuestra ley no toma en cuenta el daño moral y material que puede resultarle á alguno de la imprudencia del que, contando cosas y hechos que no son verdaderos, aun sin el *animus nocendi*, viene á disminuir aquella estimación, aquella consideración, aquel honor de que justamente disfrutaba el individuo en la sociedad.

Nuestra ley no prevé las injurias y las difamaciones culpables, y sin embargo, ya mucho tiempo antes notó Gioia que la falsa imputación de defectos corporales puede ser origen de gravísimos daños emergentes y de lucros cesantes para las personas á las cuales son atribuídos. «Decid, por ejemplo, de un cirujano, escribe Gioia (1), que le tiembla la mano, de un joven que no ha sido vacunado, de un

(1) M. Gioia, *Dell'ingiuria, de'danni, del soddisfacimento e relativi basi di stima avanti i tribunali civili*, tomo I, pág. 28. Milán, 1891.

criado que es epiléptico, y hacéis perder al primero toda su clientela, al segundo el derecho á ser admitido en establecimientos públicos, al tercero la eventualidad de entrar al servicio de alguna familia rica.» De igual modo, el joven que *tacitus frequenter sequitur*, en que ya se ocupaba el derecho romano, puede acarrear un perjuicio hasta económico á la joven que es objeto de sus pensamientos y de sus paseos; el que, también imprudentemente, habla de costumbres inmorales de un profesional cualquiera, costumbres que en realidad no existen, puede causarle un mal injusto, que en gran parte se traduce en un menoscabo económico.

Es evidente que cada día se cometen injurias y difamaciones culpables. Mal hace nuestra ley en no preverlas, y nos parece que Florian cae en un error cuando sostiene que los difamadores culpables no deben ser castigados. Dice Florian (1) que el acto culpable ha de ser anti-social, y que la divulgación por ligereza no lo es en modo alguno, ya que la anti-socialidad deriva del motivo. Ahora bien, si por motivo se entiende el objetivo, el fin que se propone una determinada persona, no hay motivo en ningún delito de culpa, puesto que es inconcebible un objetivo allí donde falta una especial intención, y con tal criterio ningún delito de culpa debería ser castigado. Pero si por el contrario ha de tenerse en cuenta el móvil, y para castigar se ha de encontrar en éste cierta anti-socialidad, la anti-socialidad existe indiscutiblemente en los difamadores y en los injuriadores culpables, pues el que habla con ligereza de hechos que pueden lesionar el honor y la estimación de un individuo, da muestras de no estar, bajo cierto aspecto, adaptado á la convivencia

(1) E. Florian, *La teoria psicologica della diffamazione*, pág. 154. Turín, 1893.

social, de no comprender la cautela y la circunspección con que ha de proceder el que vive en sociedad antes de hablar de la vida, actos y costumbres de una persona. Sin hacer alusión á otras formas de delitos de culpa, que la ley debería prever y castigar entre los delitos involuntarios, que podrían ser y sin embargo no son castigados por la práctica judicial, recordemos una vez más los graves daños ocasionados por aquellos que transmiten enfermedades infecciosas, que contagian á su mujer y dan la vida á criaturas enfermas.

Basta fijarse en estos olvidos y estas faltas de lógica de nuestra ley penal, para comprender que las cifras estadísticas que podremos insertar representan una pequeña parte de la criminalidad por culpa, que únicamente se refieren á los hechos culpables previstos por la ley penal, que no registran el delito de culpa como deberían registrarlo cuando se tuviese de la culpa el concepto positivo y científico que hemos ido desenvolviendo. Sin embargo, á pesar de tantas limitaciones y restricciones, aunque el Código no prevea los delitos de culpa más significativos y graves, aunque una parte de éstos escapen también al conocimiento del juez por varios motivos, como la ignorancia de la víctima, la astucia del delincuente, la ignorancia del que había de recoger las pruebas, el número de los delitos de culpa considerados por el código resulta á pesar de todo extraordinario. Es que nos encontramos ante una especie de delito que podría llamarse verdaderamente moderno y de actualidad. Aun prescindiendo por ahora de toda consideración sobre el aumento de las industrias y de las máquinas, que en gran parte es extraño á las cifras de que podemos disponer, basta observar solamente que en la lucha encarnizada, atroz, que los hombres han de sostener hoy más que nunca para conquistar un grado en la so-

ciedad, para obtener un puesto en el gran banquete de la vida, hay que desembarazarse como de fardos inútiles de aquellas medidas, de aquellas precauciones que, en cierto modo, ó bien obligan á alargar el camino excesivamente para llegar pronto, ó bien impiden escabullirse entre la compacta masa de los que estrechan de cerca y estorban el paso. En esta lucha muchos pierden la conciencia y el sentido moral; no es maravilla por tanto que otros pierdan en ella la prudencia, la atención y la diligencia.

Las cifras estadísticas de que disponemos confirman la verdad de nuestros razonamientos y la triste realidad de la vida.

Impallomeni (1), por ejemplo, ha debido hacer notar que el número de las víctimas de la falta de atención es tan grande, que se presenta en la proporción de más de la tercera parte de las víctimas de la maldad y otras pasiones criminales, y el lúcido profesor, inspirándose en la estadística judicial, nos dice que en Italia los homicidios consumados (voluntarios y preter-intencionales) en 1890 han sido 1,693 (1,602 juzgados por los Assises y 91 por los tribunales); en cambio, los homicidios culpables probados objetivamente según el título conservado en la sentencia, en 1890 fueron 620 (esto es, 605 juzgados por los tribunales y 15 por las Cortes; en 1891 fueron 764 (ó sea 741 juzgados por los tribunales y 23 por las Cortes).

Después, Magri (2), al dar cuenta de un examen de procesos criminales hecha por él, afirma haberle resultado que de 100 delitos cometidos por delincuentes *jurídicos*, es decir, por delincuentes que no han demostrado ser delincuentes naturales, el 50 por

---

(1) Impallomeni, *Colpa ed omicidio colposo*, pág. 14.
(2) Magri, *Una nuova teorica generale della criminalità*, pág. 73.

100 eran cometidos por negligencia, impericia, imprevisión, culpa, falta de atención.

De otras estadísticas recientes con que me ha favorecido el abogado Bosco (1) resulta que los homicidios involuntarios juzgados en 1894 fueron 697; los juzgados en 1895 fueron 730.

Las lesiones involuntarias previstas por el artículo 375, fueron 3,429 en 1894, 3,117 en 1895, cifras éstas, como pueden ver todos, bastante considerables.

No son éstas las únicas cifras relativas á las muertes y á las lesiones producidas por una causa culpable que pueden comprobarse dado nuestro Código penal. Hay el art. 311, que prevé el caso de explosiones, inundaciones y naufragios culpables, y presenta también la hipótesis de que ocurra la muerte de alguien; es preciso pues considerar también las cifras relativas á los delitos de culpa contra la incolumidad pública, en cuyos delitos entran, además de los previstos por el art. 311, los previstos por el art. 314 (peligro de catástrofe culpable de ferrocarril) y por el art. 323 (peligro para la alimentación pública).

Ahora bien, estos varios delitos, considerados todos en conjunto, alcanzaron en 1890 la cifra de 1,030, y aun cuando en 1895 hayan descendido á 853, representan siempre un número considerable.

Finalmente, en los homicidios culpables, en los casos en que ocurre la muerte se ha de considerar también el abandono de niños ó de personas incapaces de gobernarse por sí mismas, previsto por los artículos 386 y 389. Tales abandonos fueron 144 en 1892, 135 en 1893, y en 1895 descendieron á 94.

---

(1) Aprovecho esta ocasión para dar aquí las gracias al abogado Augusto Bosco, de la Dirección general de Estadística, por las aclaraciones que con tanta benevolencia quiso suministrarme sobre la legislación americana sobre los delitos de culpa, y por todas las tablas estadísticas que puso á mi disposición.

T. II.

ITALIA. — *Delitos juzgados en los años*

CLASE DE LOS DELITOS	1890	1891	1892	1893	1894	1895
Delitos contra la incolumidad pública cometidos por imprudencia ó negligencia (arts. 311, 314 y 323 del Código penal)	1,030	1,020	985	716	931	853
Homicidios involuntarios (art. 371)	620	765	659	650	697	730
Lesiones involuntarias (art. 375)	2,442	2,305	2,396	3,285	3,429	3,117
Abandono de niños y de personas incapaces de gobernarse por sí mismas (arts. 386 y 389)		125	144	135	132	94

ITALIA. — *Acusados condenados por las varias magistraturas*

CLASE DE LOS DELITOS	1890	1891	1892	1893	1894	1895	Total de los años 1890-95
Delitos contra la incolumidad pública cometidos por imprudencia	622	789	810	540	585	696	4,042
Homicidio cometido por imprudencia, negligencia ó impericia	386	341	401	392	387	439	2,346
Lesión personal cometida por ídem, ídem, idem	1,055	1,044	1,225	1,206	1,193	1,401	7,124
Abandono de niños ó personas incapaces de gobernarse por sí mismas	62	74	83	86	102	99	506
Total general de todos los delitos	131,162	143,646	149,007	141,606	151,482	168,011	884,914

¿Cuál será, pues, aproximadamente, el número *de los solos homicidios y lesiones* culpables previstos y castigados por la ley?

Antes de responder, es preciso reflexionar una vez más que todas las cifras que hemos citado se refieren á los delitos juzgados, á los acusados condenados y no á los delitos denunciados, y que en los homicidios culpables las denuncias tendrán casi siempre una base de realidad y de verdad, porque las pasiones que pueden impulsar á la denuncia de una injuria, de un hurto, de una agresión que no existen, no tienen aquí razón de ser, de suerte que la que se aproxima á la realidad es la cifra de los delitos denunciados más bien que la de los juzgados. Ahora bien, los homicidios culpables (previstos por el artículo 311) denunciados en 1894, fueron 1,400 frente á 697 juzgados.

Hay que añadir á estos delitos, dentro del año 1894, los 931 contra la incolumidad pública, que es verdad no representan otros tantos homicidios, pero deben en gran parte ser considerados como tales.

En efecto, el art. 314, que da un contingente á aquella cifra, castiga, independientemente del homicidio, el hecho de surgir un peligro; pero es fácil notar que si no ha ocurrido algún homicidio, casi nunca podrá hacerse constar que ha surgido algún peligro.

Por consiguiente, es forzoso concluir que una gran parte del contingente que forma la cifra relativa al peligro de catástrofes de ferrocarriles, nos presenta una enumeración de homicidios culpables, tanto más cuanto que, por regla general, la catástrofe de ferrocarril no da origen solamente á un homicidio, sino con frecuencia á la muerte de muchas personas.

Lo mismo poco más ó menos puede decirse del incendio y del naufragio culpables, que difícilmente

serán perseguidos por nuestros tribunales si no hay víctimas; de suerte que podemos decir que aquella cifra de 931 (si quitamos los hechos culpables del artículo 323, poquísimos por lo demás) representa otros tantos homicidios. No es ciertamente exagerado el número si se piensa que nos hallamos ante delitos juzgados y no ante delitos denunciados, y si nos fijamos en lo que ya hemos indicado, que también á un incendio, á un motín, lo mismo que á un desastre ferroviario, no corresponde un homicidio tan sólo, sino dos, cinco, diez y á veces hasta un número mayor.

Añádase á esta cifra la de 132, que representa otros tantos homicidios, ó al menos gravísimos daños en el organismo y en la psiquis, puesto que la justicia no se preocupa demasiado de los niños menores de doce años y de los viejos abandonados si de tal abandono no resulta algún hecho que conmueva á la opinión pública, y así, además de los 1,490 homicidios involuntarios del art. 371, tendremos á lo menos más de 500 por delitos contra la incolumidad pública, más de 60 por abandono de niños y de inválidos: en total más de 2,000 homicidios culpables, esto solamente según las insuficientísimas disposiciones de nuestro Código penal, y sabemos que los homicidios consumados (voluntarios y preter-intencionales) en 1890 fueron solamente 1,693.

Con respecto á las lesiones culpables, ya lo hemos visto, ascienden en 1895 á 3,117, á cuyo número hay que añadir la contribución que aportan las otras fuentes de delitos de culpa ya consideradas en cuanto al homicidio. Después, precisa observar también que muchas lesiones culpables escapan al magisterio penal, por el hecho de que nuestro Código, con una censurable disposición, requiere, para la perseguibilidad de ciertas lesiones culpables, la querella de parte; así es que sin temor de exagerar, antes bien

con la certeza de quedarnos por debajo de la verdad, podemos afirmar que las lesiones culpables previstas por nuestro Código penal superaron en 1895 la cifra de 4,000. Todo esto únicamente ante una especie de delito de culpa y en los límites circunscritos por nuestro Código penal.

En este punto, sin embargo, podría presentársenos una objeción diciendo que hemos considerado las estadísticas de nuestro país, que desgraciadamente tiene entre los países civilizados la primacía en cuanto á criminalidad, y que no era difícil en Italia, donde los homicidios y las lesiones dolosas alcanzan una elevada cifra, encontrar también en gran número los homicidios y las lesiones culpables.

Respondemos en primer lugar que las condiciones de la criminalidad italiana tienen para nosotros una importancia mayor por interesarnos más de cerca. En segundo lugar, observamos que la delincuencia dolosa y la de culpa guardan poca ó ninguna relación entre sí, ya que se originan de causas muy distintas, están producidas por móviles absolutamente diferentes, y que por consiguiente, la elevada proporción presentada por una de estas dos clases de criminalidad no implica una elevada proporción de la otra. Por último, observaremos que hasta en países en que la criminalidad dolosa va disminuyendo y atenuándose continuamente, como en Alemania y en Francia, la delincuencia por culpa, en cambio, continúa en progresión ascendente.

Detengámonos ahora un poco en las estadísticas de Francia y Alemania, bastante más útiles que las nuestras en cuanto se remontan más lejos.

En Alemania, los homicidios dolosos, de 491 que fueron en 1892, descendieron á 385 en 1888, á 446 en 1889 (1), y los homicidios culpables, que fueron

(1) Véase la tabla de los homicidios dolosos en Alema-

por el contrario 476 en 1882, 15 menos que los dolosos, en 1888 fueron 593, es decir, 108 más que los dolosos, subieron á 636 en 1885 y todavía suben á 658 en 1890. Tenemos después una disminución (629 en 1892 y 585 en 1893); pero esta disminución no puede calificarse de sensible; tanto es así que en 1894, tales homicidios suben á 612 y en 1895 aumentan todavía hasta 658.

El aumento tranquilo, podría decirse, y sin embargo continuo de los delitos de culpa, aparece maravillosamente de las cifras de las lesiones involuntarias: desde 1882 hasta 1893, van aumentando cada año invariablemente en un número que oscila entre 150 y 200, y tales lesiones, que en 1892 eran 1,192, en 1893 llegan á 2,969 y en 1895 alcanzan la cifra de 3,432.

Con las lesiones involuntarias puede decirse que aumentan también en Alemania los falsos juramentos involuntarios, que de 373 en 1882 llegan en 1893, por razones no difíciles de encontrar, á 486 y en 1895 á 522. Más que sensiblemente, con movimiento casi acelerado, aumentan los delitos involuntarios en los transportes de ferrocarriles, que de 293 en 1882, fueron 513 en 1891, 454 en 1893, 534 en 1894 y 514 en 1895. Hasta 1893 aumentan espantosamente los incendios culpables, que de 536 en 1882 alcanzan el máximum de 1,148 en 1893, y han duplicado en el curso de diez años. Sin embargo, después de 1893 tenemos en estos delitos una notable disminución: la estadística señala 629 en 1894 y 646 en 1895.

En Francia, el movimiento ascendente de los delitos de culpa no se presenta con la evidencia que es innegable en Alemania; pero respecto de Francia,

---

nia, Francia, etc., en Ferri, *L'omicidio-suicidio*, pág. 456. Turín, 1895.

hay que tener en cuenta la población, que en estos últimos años, si no ha ido disminuyendo, por lo menos ha permanecido estacionaria. Además, no hay que dar demasiada importancia al homicidio involuntario del recién nacido cometido por la madre, figura de delito que por el contrario va disminuyendo sensiblemente, porque la cifra de 135 alcanzada en el quinquenio 1861-1865, se convierte en 25 en 1893 y en 61 en 1896. Esta atenuación se debe, según veremos mejor en seguida, á los conocimientos sobre ciertas normas de vida, difundidos por el progreso de la civilización.

Refiriéndonos pues á las lesiones involuntarias, no encontramos aquí el ascenso progresivo, regular y continuo de Alemania; pero la cifra, que oscila alrededor del millar en los primeros quinquenios desde 1861 á 1885, llega á 1,440 en el quinquenio 1886-1890, para subir á 1,589 en 1892, á 1,582 en 1893, á 1638 en 1895 y finalmente á 1,750 en 1896.

En cuanto á los incendios, puede observarse el mismo fenómeno advertido en las lesiones. Ciertamente, también aquí es innegable un movimiento insensible, pues de 348 en el quinquenio 1861-1865, y de 295 en el de 1866-1870, los incendios suben á 377 en 1892, á 392 en 1893 y en 1896 son 323.

Por lo que se refiere á los homicidios, las cifras dicen bastante poco. En realidad, en los quinquenios 1866-1870 y en 1871-1875, tenemos una disminución frente á 483 homicidios del quinquenio 1861-1865: se cuentan 442 y 410 respectivamente para los dos quinquenios. Pero debemos decir que la disminución no es efectiva, antes bien la curva amenaza subir aún, ya que en el quinquenio 1881-1885 se debieron juzgar por término medio 436 homicidios, y éstos, después de haber descendido nuevamente á 378 en 1892, subieron en el año siguiente á 412, para volver á bajar á 375 en 1896.

ALEMANIA. — *Delitos involuntarios. Condenados*

AÑOS	CLASE DE DELITOS					
	Falso juramento involuntario	Homicidio involuntario	Lesiones involuntarias	Delitos involuntarios en los transp. férreos	Incendio involuntario	Total de todos los delitos
1882	373	476	1,192	293	536	329,968
1883	313	521	1,392	333	569	330,128
1884	375	567	1,547	360	480	345,977
1885	404	512	1,705	359	653	343,087
1886	358	558	1,855	341	581	353,000
1887	396	626	1,996	387	748	356,357
1888	415	593	2,131	345	522	350,665
1889	443	636	2,433	424	513	369,644
1890	447	658	2,507	404	641	381,450
1891	526	650	2,597	513	660	391,064
1892	483	629	2,820	404	1,141	422,327
1893	486	585	2,969	454	1,148	430,403
1894	448	612	3,236	534	629	446,110
1895	522	658	3,432	514	646	454,211
Total.....	5,989	8,281	31,812	5,755	9,467	5.304,391

FRANCIA. — *Delitos juzgados*

AÑOS	CLASES DE DELITOS			
	Homicidios involuntarios	Homicidios involuntarios de recién nacidos por culpa materna (1)	Lesiones involuntarias	Incendios involuntarios
1861-1865	483	135	1,304	348
1866-1870	442	101	1,112	295
1871-1875	410	70	931	281
1876-1880	397	56	1,024	275
1881-1885	436	52	1,286	275
1886-1890	416	45	1,410	285
1891	397	39	1,272	617
1892	378	38	1,589	377
1893	412	25	1,582	392
1894	406	29	1,543	270
1895	391	61	1,638	287
1896	375	61	1,750	323

Sin embargo, lo que resulta evidente de las tablas estadísticas, es que también en Francia, donde los homicidios dolosos van disminuyendo continua y sensiblemente (de 983 que eran en 1850 los acusados de homicidios voluntarios quedan reducidos á 719 en 1888) (2), los lugares que ha dejado vacíos la criminalidad dolosa han sido ocupados casi todos por los homicidios culpables, que más ó menos sensiblemente van aumentando en Francia tanto como en otro país cualquiera.

A un fatalista, ó por mejor decir á un pesimista, la comprobación de este hecho le llevaría á amargas

(1) Esta estadística demuestra que un conocimiento mejor de las relaciones entre causa y efectos, puede disminuir notablemente ciertos delitos de culpa.

(2) Véase Ferri, *L'omicidio-suicidio*, lug. cit.

reflexiones: repetiría con Quetelet que existe un determinado número de personas cuya vida ha de ser cada año truncada violentamente. Con la civilización de las costumbres pueden disminuir las víctimas de la maldad, pero aumenta el número de los condenados á muerte por la ignorancia y negligencia ajena.

¿Pero por ventura son estos homicidios, cuyas cifras pueden conocerse aproximadamente, los únicos cometidos por imprudencia, impericia y negligencia? Es doloroso confesarlo, pero así es: las cifras que hemos recogido solamente representan una mínima parte de los desventurados que son víctimas de un delito de culpa.

Para convencernos de ello, basta considerar las estadísticas de los accidentes del trabajo.

He aquí el balance anual de los accidentes del trabajo en Francia según Cheysson (1):

279,500 accidentes de todas clases.	7,500 muertos.	
	272,000 lesiones.	26,000 incapacidades permanentes.
		216,000 incapacidades temporales.

Ahora bien, podemos afirmar con seguridad que en estas 7,500 muertes hay una imprudencia, una negligencia, una ignorancia por parte de los industriales, de los empresarios, si se piensa que en semejante materia hay que ir en busca hasta de la imprudencia, de la ignorancia y de la negligencia mínimas.

(1) Esta perspectiva la inserta Mongin en su libro *Du risque professionnel,* pág. 39.

Muy bien decía Tarde comentando estas cifras espantables: «¡Cuántos de estos muertos ó heridos por causa del trabajo no lo han sido en realidad por una negligencia culpable ó por una malicia no intencional!» Y con razón añade: «Sólo en casos muy raros es llamada la justicia á intervenir en los delitos profesionales de este orden, más terribles que todos» (1).

Consultando las cifras puede encontrarse una confirmación magnífica al razonamiento de Tarde: en frente de 7,500 homicidios resultantes de accidentes, encontramos juzgados en Francia en 1893 412 homicidios involuntarios y 375 en 1896.

Aun llegando al absurdo de que los homicidios involuntarios juzgados representasen otras tantas muertes resultantes de accidentes, habríamos de concluir que cada año mueren en Francia en el trabajo más de 7,000 víctimas no vindicadas. En cuanto á las lesiones, el contraste es todavía más espantoso: frente á 26,000 individuos con incapacidades permanentes, tenemos en 1896 en Francia 1750 procesos por lesiones involuntarias. Más de 270 mil personas pueden contraer en el trabajo enfermedades ó sacar de él lesiones; la justicia no se preocupa por ello y deja correr las cosas aunque deban contarse 26 mil individuos con incapacidades permanentes!

En Italia, el progreso industrial y mecánico no es tal ciertamente que arrastre tras de sí un número desmedido de víctimas como en Francia, pero con seguridad que también entre nosotros no son pocas las víctimas de los accidentes del trabajo, en especial porque estamos bastante atrasados en lo que se refiere á medios preventivos.

---

(1) Tarde, *La criminalité professionnelle,* en el *Congrès,* etcétera, pág. 78.

En el trienio 1879-1881, Berti notó que 8,800 operarios quedaban anualmente incapacitados para el trabajo, y entre ellos había 770 muertos. Sin embargo, es difícil poder dar el número, aunque sólo sea aproximado, de los accidentes del trabajo en Italia, porque falta entre nosotros una estadística de este hecho, cuya comprobación resulta sin embargo tan importante en nuestra civilización industrial.

No obstante, podemos recoger aquí y allí algunas noticias. En las minas italianas, por ejemplo (1), (y puede decirse que en Italia no hay minas), tenemos en 1893 75 operarios muertos y 126 heridos á consecuencia del trabajo.

También se aprende algo consultando las estadísticas publicadas por la Caja Nacional de seguros contra los accidentes del trabajo, porque si bien el número de los operarios asegurados en esta institución sea mínimo respecto del total de los operarios que trabajan en las fábricas y en las minas de nuestro país, de todos modos se recogen noticias de cierta importancia.

He aquí la estadística de los accidentes comprobados por la Caja Nacional, accidentes relativos naturalmente á la exigua minoría de obreros que están asegurados (2):

---

(1) Magaldi, en el *Congrès international des accidents du travail*, 3.ª sesión, vol. 1.º, pág. 561. Milán, 1894.

(2) Esta estadística está tomada de Fabris, *Gl'infortuni del lavoro*, pág. 20.

AÑOS	Operarios asegurados por término medio al año	ACCIDENTES Cifras absolutas	Cifras relativas
1884	67		
1885	6,556	70	10‘68
1886	24,440	696	28‘48
1887	36,992	1,525	41‘22
1888	58,023	3,563	61‘41
1889	77,876	4,893	62‘83
1890	94,507	5,503	58‘23
1891	103,238	5,923	57‘37
1892	109,253	6,020	55‘10
1893	118,133	7,320	61‘96

Por 118,133 operarios asegurados, ocurren 7,320 accidentes. ¿Cuál será la cifra alcanzada por los accidentes en proporción á los millones y millones de italianos que son obreros? Este cálculo no puede hacerse ni exacta ni aproximadamente, pero todo el mundo comprende que el número de los accidentes, especialmente si se consideran, como lo hace la Caja Nacional, hasta los que ocasionan solamente cinco días de enfermedad, ha de ser espantoso.

Pero aun acudiendo á las estadísticas oficiales sobre las causas de muerte (1), estadísticas que son por necesidad insuficientes y muy inferiores á la realidad (baste decir, por ejemplo, que frente á las estadísticas de Cheysson, las italianas dan para Francia cerca de 30,000 accidentes solamente), resalta la gravedad de las consecuencias á que dan dan lugar los accidentes del trabajo.

En 1897, por ejemplo, se comprueban 10,304 muertes accidentales, que si no pueden referirse en todas sus unidades á delitos de culpa, representan

(1) *Cause di morte, Statistica dell' anno 1897.* Roma, 1899.

sin embargo un número inferior al de los homicidios culpables, ya que muchos de éstos ocurren por enfermedades especiales (como fiebres, influenza, anemia, tétano, reuma, bronquitis, pulmonía, enfermedades de los órganos digestivos, etc.) que son consideradas en las estadísticas cada una como causa de muerte por sí, y también porque tenemos 11,344 muertes por causas ignoradas ó no especificadas, muertes que muchas veces han de referirse á la negligencia, al descuido, á la impericia de alguien (1).

---

(1) Para demostrar que nos asiste la razón al sostener que gran parte de las causas accidentales de muerte representan accidentes del trabajo, homicidios debidos á la culpa de alguien, he aquí la especificación de estas causas accidentales en el año 1897 en el cual ocasionaron 10,304 muertes.

Causas de muertes accidentales en 1897	Número de muertes Hombres	Mujeres	TOTAL
1.ª Por embriaguez	26	3	29
2.ª Por anegamiento	1,251	490	1,741
3.ª Por frío	72	17	89
4.ª Por insolación	177	100	277
5.ª Por el rayo	134	54	188
6.ª Por caída	1,771	610	2,381
7.ª Por explosión de pólvoras, disparo de armas, etc.	153	34	187
8.ª Por heridas cortantes	29	5	34
9.ª Por lesiones de máquinas agrícolas é industriales	16	1	17
10. Por aplastamiento	487	138	625
11. Por violencia de animales	36	9	45
12. Por quemaduras	999	1,459	2,458
13 Por inanición	3	7	10
14. Por ahogamiento	107	62	169
15. Por asfixia	198	93	291
16. Por mordeduras de víboras y otros animales venenosos	11	5	16
17. Por envenenamiento agudo	90	78	168
18. Por causas no determinadas	1,181	398	1,579
19. Por envenenamiento crónico y profesional	35	5	40

Finalmente, para dar una nueva prueba, que por lo demás no hace falta, de la gravedad é importan-

---

Ahora bien, es indiscutible que las categorías 7.ª, 9.ª y 19.ª representan otras tantas muertes por accidentes del trabajo, en número de *244* á los que es preciso añadir: (4.ª) la insolación; (5.ª) el rayo, que ocurren durante los fatigosos trabajos estivales, es decir, otras *465* muertes. El aplastamiento (10.ª) ocurre casi exclusivamente en las catástrofes de ferrocarriles, en el hundimiento de fábricas, en los accidentes en las minas, en las cuales *500* de estas muertes al menos reconocen una causa culpable. Lo mismo debe decirse del ahogamiento y de la asfixia (15.ª), tanto es así que frente á la imprudencia, mayor siempre en la mujer que en el hombre, encontramos que estas muertes tienen una cifra superior en los hombres, precisamente porque éstos están ocupados en mayor número en la industria. Por consiguiente, estas categorías darán al menos *300* homicidios culpables. También las caídas (6.ª) que nos presentan un número triple para los hombres, indican accidentes del trabajo que al menos darán un contingente de *1500* muertes. Buena parte de las quemaduras (12.ª), podemos decir cerca de *500*, ocurren en industrias delante del fuego. Tenemos después el contingente, seguramente no inferior á *1000*, que nos da el anegamiento (2.ª), sea por impericia del capitán de los barcos, sea por falta de vigilancia de los niños. La violencia de animales (11.ª) se extrinseca especialmente cuando son abandonados, y por consiguiente añadimos 20. Añadimos otros 20 por las heridas cortantes (8.ª) que se causan en ciertos oficios ó descuidando ciertas vigilancias. De las 1,579 muertes por causa indeterminada, (18.ª) es menester achacar *500* al menos á la imprudencia de terceros. Al envenenamiento agudo (17.ª) que ocurre por falta de cautela en el empleo de vajillas, en la venta de venenos, atribuiremos *50* muertes. El total es pues de cerca de *5,000* muertes, de suerte que podemos decir que de poco más de 10 mil muertes por causas accidentales, cerca de *5,000*, más de la mitad, han de referirse á causas culpables. Añádanse las muertes culpables que provienen de enfermedades especiales, añádanse aquí algunas de las muertes por causas ignoradas, que en 1897 fueron 11,344, añádanse además 2,807 muertos por pelagra y al menos *1,000* de los 2,205 muertos de sífilis, y el número de los homicidios culpables comprobados por nuestra ley supera en un año la cifra de *15,000!*

cia que van presentando los delitos de culpa, los cuales aumentan de un modo vertiginoso con el progreso de la industria y de las máquinas, nos remitimos á una figura especial de accidentes: á las catástrofes de ferrocarriles. De esta clase de accidentes que es quizá la más terrible, no tenemos en Italia estadísticas exactas y concluyentes, y por esto recurrimos á las de los Estados Unidos de América, que son terminantemente espantosas:

Cuadro de las catástrofes ocurridas en los ferrocarriles de los Estados Unidos de América durante los años 1888-1893

AÑOS	EMPLEADOS		VIAJEROS		OTRAS PERSONAS		TOTAL	
	Muertos	Heridos	Muertos	Heridos	Muertos	Heridos	Muertos	Heridos
1888	2,070	20,148	315	2,138	2,897	3,602	5,282	25,888
1889	1,972	20,128	310	2,146	3,541	4,135	5,823	26,309
1890	2,451	22,396	286	2,425	3,598	4,206	6,335	29,027
1891	2,660	26,140	293	2,972	4,076	4,769	7,029	33,881
1892	2,554	28,267	376	3,227	4,217	5,158	7,147	36,652
1893	2.727	31,729	299	3,229	4,320	5,435	7,346	40,393
Término medio anual. . . .	2,406	24,785	313	2,690	3,775	4,551	6,494	32,025

Ante estas cifras tan elocuentes y desgarradoras que hasta al hombre de ciencia han de arrancarle un grito de imprecación contra la civilización que tantas víctimas arrastra tras de sí, será bueno oir lo que escribe, precisamente á propósito de las catástrofes de ferrocarriles, Franklin Willonghby (1), perito estadístico del departamento del trabajo en los Estados Unidos: No estaría lejos de la verdad, escribe el estadístico americano, decir que no hay una desgracia que hiera al personal de los caminos de hierro, que no resulte de una defectuòsa organización del servicio ó de la falta del material adecuado para la maniobra de los trenes. Pero ¿cómo es posible que en un país tengan que lamentarse sólo en un año 6,494 muertos y 40,393 heridos por desgracias ferroviarias, cuando el hombre de ciencia nos afirma que seguramente habrían podido evitarse al menos 2,727 muertos y 31,729 lesiones?

Por lo que se refiere á las enfermedades infecciosas, nos parece inútil reproducir tablas estadísticas que también pueden encontrarse en el libro de Pieraccini (2).

Por lo demás, todo el mundo sabe que el mayor contingente á la mortalidad lo dan en Italia las enfermedades transmisibles, entre las cuales tienen la primacía la tuberculosis, la pulmonía aguda y la pleuritis. Sin embargo, es importante recordar con Tammeo (3), que la elevadísima mortalidad italiana por inflamación del aparato respiratorio (en el período 1887-1891 tenemos para tales enfermedades

---

(1) F. Willonghby, *Statistique des accidents des employés des chemins de fer*, en el *Congrès international*, ya citado, vol. I, pág. 511. En esta monografía se encuentra también la estadística de las catástrofes ferroviarias reproducida más arriba.

(2) Pieraccini, ob. cit., págs. 81 y 84 y passim.

(3) Tammeo, *La statistica*, vol. I, pág. 315. Turín, 1897.

50'97 muertes por 10,000 frente al término medio de 22'54 que ofrece Prusia), depende quizá de la variabilidad del clima, y más que de otra cosa, de las condiciones antihigiénicas de nuestro país por consecuencia de las cuales hay en él una difusión de todas las enfermedades infectivas.

Ahora bien, las condiciones antihigiénicas del país representan en gran parte la incuria y la ignorancia de nuestros gobernantes, y donde no intervienen éstas, hay ciertamente la imprudencia, la negligencia del tuberculoso, del sifilítico, del que padece otras enfermedades transmisibles y oculta su mal, ó peor aún, declarándose sano se casa y engendra hijos.

La importancia de los delitos de culpa, que como hemos visto cada día aumentan en número en todos los países, nos parece que resulta con evidencia hasta de las deficientes y escasas cifras estadísticas que hemos insertado. Por lo demás, basta pensar en el hecho de que la insipiencia, la negligencia, la falta de altruismo son defectos y vicios que se encuentran en el hombre mucho más fácilmente que no la maldad y demás pasiones que pueden arrastrar á un delito voluntario, para quedar convencidos de que los delitos de culpa, los delitos que provienen precisamente de la negligencia, la ignorancia y la falta de altruismo, han de ser en bastante mayor número que los delitos voluntarios.

Cuando se piense después que no menos que á la maldad se ligan efectos luctuosos á la negligencia, á la ignorancia y á la falta de altruismo, todavía quedaremos mejor convencidos de la gravedad que presenta hoy el delito de culpa en nuestra civilización.

Pero hay más aún: en las formas de delito más graves y difundidas, tenemos la reincidencia, que demuestra que existen en realidad individuos que

por naturaleza están destinados al delito, que han de suministrar el contingente de la criminalidad dolosa, y así también tenemos en el delito de culpa los que son reincidentes, los que, ó por una falta orgánica de sentimientos altruistas, ó por un defecto innato en el mecanismo de la atención, repiten el delito involuntario y reinciden en la negligencia, en el descuido, en la ignorancia.

Es interesante ver cuál es el número de reincidentes que puede hacer constar nuestra ley, y presentamos las siguientes tablas estadísticas, recordando que los que delinquen por falta de sentido altruista, pueden cometer de igual modo delitos dolosos y de culpa, y no figuran en estas tablas porque nuestro Código penal no distingue los delitos de culpa que provienen de impericia, de imprudencia, de los otros delitos de culpa que revelan un defecto en el sentimiento altruista:

ITALIA. — *Condenados que habían sufrido precedentes condenas en los años 1890-1895*

CLASE DE DELITOS	CONDENADOS REINCIDENTES	
	Total de los años 1890-1895	Por cada 100 condenados de cada categoría de delitos
Delitos contra la incolumidad pública cometidos por imprudencia.	337	8'34
Homicidio cometido por imprudencia, impericia ó negligencia.	208	8'87
Lesión personal cometida por íd., íd. ó íd.	669	9'39
Abandono de niños ó personas incapaces de gobernarse por sí mismas.	62	12'25
Total general de todos los delitos.	226,465	25'59

ALEMANIA. — *Condenados que habían sufrido precedentes condenas*

AÑOS	CLASE DE DELITOS					
	Falso juramento involuntario	Homicidio involuntario	Lesiones involuntarias	Incendio involuntario	Delitos involuntarios en los transp. férreos	Total para todos los delitos (voluntarios y de culpa)
1882	82	47	166	49	17	81,559
1883	47	40	290	59	19	84,531
1884	73	44	224	45	22	90,263
1885	77	56	268	61	30	92,801
1886	66	60	297	59	27	97,739
1887	105	77	359	70	50	101,330
1888	98	66	379	49	44	101,214
1889	110	86	471	59	48	113,609
1890	135	87	460	72	46	122,888
1891	157	83	549	87	51	130,766
1892	149	72	573	125	73	143,961
1893	125	81	626	135	71	147,867
1894	120	100	693	79	86	159,766
1895	187	113	803	112	104	166,596
Total.....	1,531	1,012	6,058	1,061	688	1.634,890
Reincidentes por cada 100..	25'57	12'22	19'02	11'21	11'95	30'82

Refiriéndonos á la estadística italiana, hay que tener en cuenta el artículo 83, según el cual en los delitos cometidos por imprudencia, impericia y negligencia, solamente hay reincidencia en el caso de condenas por delitos de la misma clase.

Así vemos que en los delitos de culpa (ó por mejor decir, en los delitos de culpa que la ley castiga) la reincidencia es menos frecuente que en los delitos dolosos. Mientras en el total general de todos los delitos tenemos 25'59 reincidencias por cada 100 condenados, en los delitos de culpa comprobamos una reincidencia media que oscila alrededor de 10. La estadística de Alemania pone de relieve poco más ó menos las mismas proporciones. Aun cuando las cifras que hemos reproducido representen una parte mínima de los delitos de culpa que se cometen, nos muestran la importancia y gravedad de esta forma de delito.

Es menester, pues, que el legislador intervenga, sino para desarraigar de la hórrida selva de la delincuencia la perniciosa planta del delito de culpa, al menos para reducirla á pequeñas proporciones, para tronchar tantas ramas que ofuscan el espléndido sol del progreso, para cortar tantos renuevos que envenenan nuestra sociedad.

CAPÍTULO VII

PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS DE CULPA

Después de haber podido comprobar la importancia y extensión que adquieren los delitos de culpa considerados según los principios de la escuela positiva, vamos á hablar de las medidas que se presentan como necesarias y oportunas para que disminuya el número de delitos de culpa, para que la víctima del daño sea reintegrada en sus derechos, y se realice de este modo la verdadera defensa social.

Para nosotros los positivistas, todo estudio de sociología criminal, cualquiera que sea el tema en discusión, cualquiera que sea la importancia que pueda tener, ha de tender siempre á un fin eminentemente práctico, ha de estar escrito con intentos utilitarios, y contribuir de algún modo, aunque sea insignificante, al progreso y al bienestar social.

No lo hemos olvidado en el presente trabajo, y precisamente por esto, descuidando todas las disquisiciones á que maravillosamente podría prestarse nuestro tema y que han hecho las delicias de tantos juristas, vamos sin más á indicar alguna de las variadas y multiformes medidas que, á nuestro juicio, ayudarían bastante á extirpar el delito de culpa, ó al

menos á que sus consecuencias no fuesen tan duras y lamentables.

Naturalmente, toda vez que en el delito de culpa obran los tres factores antropológicos, físicos y sociales que contribuyen á formar el delito de dolo, las medidas generales y útiles que han de tomarse entran ciertamente, aun especializándose para fines particulares, en el círculo de aquellas medidas que la escuela positivista, y especialmente Ferri en su *Sociologia criminale*, ha indicado como los más adecuados para reprimir y prevenir los hechos criminosos.

Tales medidas se dividen en preventivas, reparadoras, represivas y eliminadoras, y nosotros invocaremos las que nos parecen más adecuadas refiriéndonos á las cuatro categorías de delincuentes por culpa.

En la primera categoría de delincuentes por culpa, ó sea de los que delinquen por egoísmo, por defectos del sentimiento de piedad, tenemos dos sub-clases que son dignas de atención: la de los empresarios é industriales que no toman precauciones suficientes para evitar catástrofes, y la de los enfermos que transmiten las enfermedades infecciosas que les aquejan.

Ahora bien, los medios preventivos tendrían para ambas subclases la mayor de las eficacias: todos los escritores de talento y de corazón han tenido que hacerlo constar.

Por lo que toca á las catástrofes en los ferrocarriles, accidentes del trabajo, etc., la escuela positiva defiende la aplicación de medidas preventivas indirectas y directas: las primeras tienden á un mejoramiento de la condición de los obreros, aumentando los salarios, disminuyendo las horas de trabajo, haciendo el ambiente lo más sano posible; las segundas consisten en reglamentos claros, precisos,

científicos para la ejecución del trabajo, en la aplicación de los aparatos, de las medidas declaradas necesarias y útiles para prevenir el accidente y preservar al operario (1).

De los medios preventivos diremos que necesitando en muchos oficios una atención siempre despierta, es preciso que el trabajo no se prolongue en ellos demasiado, que el sustento proporcionado por el salario sea tal que mantenga el organismo fuerte y robusto, en un estado de buena nutrición. Decía Feuerbach: «El hombre es aquel que come», y De Sanctis ha hecho ver experimentalmente (2) que Succi presentaba después del ayuno gravísimas anomalías en la atención, la cual sin embargo era en él habitualmente regular. Se dirá que los obreros no hacen los experimentos y los juegos durante el ayuno que hacía Succi; pero al ayuno voluntario, agudo de éste, corresponde el ayuno forzado y crónico de tantos obreros, que prolongándose años y años enteros, debilita la fibra y hace inerte la psiquis.

Por lo que toca á los medios preventivos, estamos profundamente convencidos con Mongin (3) de que «los accidentes disminuirán en número y gravedad en proporción á los progresos de la higiene y de la ciencia». Gros ha llegado á afirmar respecto de Francia que si se aplicasen en todas las industrias

---

(1) También Ferri (*Sociologia criminale,* pág. 556) distingue siguiendo á Ellero la prevención directa de la indirecta. Los medios preventivos directos, que son los más eficaces, no son otra cosa que los sustitutivos penales de que habla Ferri en las págs. 311-364 de su obra. Véase también Lombroso, *L'uomo delinquente*, vol. III. Turín, 1896.

(2) De Sanctis, *Lo studio sperimentale dell'atenzione* (de los «Atti della Società Lancisiana», pág. 11).

(3) A. Mongin, *Du risque professionnel dans les accidents du travail,* etc. Lyon, págs. 30-32.

las medidas preventivas indicadas por la asociación de industriales, el número de accidentes habría disminuido en más del 50 por 100.

Por lo demás, para quedar persuadidos de esto, basta hacer constar que los casos fortuitos, es decir, las catástrofes cuyas causas quedan ignoradas, van disminuyendo cada día, como demuestra la siguiente estadística que tomamos del hermoso libro de Mongin:

	ACCIDENTES EN FRANCIA	
	1865-1878	1878-1888
Accidentes por vicios de construcción, evitables con visitas regulares á las calderas. . . .	23 p. 100	48 p. 100
Accidentes evitables con la vigilancia del personal, sin la incapacidad de los fogoneros . .	60 p. 100	43 p. 100
Accidentes fortuitos por causas inexplicadas.	12 p. 100	8 p. 100

Pasando á ciertas industrias particulares, vemos por ejemplo que en Francia, desde que los antiguos *generadores* han sido sustituídos por las calderas tubulares inexplosivas, los accidentes son menos numerosos, á pesar del aumento de las calderas en servicio. Este hecho queda evidenciado por la siguiente estadística, sacada también de Mongin:

1868-78	con	49,000	calderas	1	accidente	anual	por	1,500
1880-88	»	83,927	»	1	»	»	por	2,718

Así también en la explotación de las minas, los peligros van disminuyendo, á pesar del enorme aumento de la extracción, á medida que se emplean procedimientos más perfectos, como iluminación eléctrica, lavado mecánico, maderamen especial,

ventilaciones enérgicas. Y á pesar de las sorpresas del *grisu*, la disminución continúa siendo patente: así, tenemos en 1883 por un millón de toneladas extraídas, 30 muertos, ó sea 4'1 por 1,000; en 1893, 3 muertos por un millón de toneladas, ó sea 0'9 por 1,000 (1).

Respecto de los medios reparadores, observaremos que es necesario dictar nuevas disposiciones para asegurar siempre y eficazmente el resarcimiento del daño á las víctimas de los accidentes. Es necesario tener en cuenta los intereses y los derechos de los obreros y de sus familias en el caso de quedar muertos ó heridos en el trabajo, y aplicar en toda su integridad el principio económico sostenido por Orlando (2), Fusinato (3), Bosellini y otros, según el cual toda empresa va acompañada de riesgo, que de los accidentes sobrevenidos á los operarios, cualquiera que sea la causa de que provengan, deben responder siempre el industrial y el empresario por la teoría del riesgo profesional.

En este punto es preciso responder á una objeción que puede presentarse á nuestro razonamiento, y sobre la cual insistimos tanto más gustosamente,

---

(1) Sin insistir más en nuestra enumeración, recordemos que cada día se inventan y perfeccionan instrumentos preservativos, aparatos de seguridad para ser empleados en industrias peligrosas. Véase á este propósito Mongin, ob. y lug. cit. págs. 3-34 y *passim*, y además, por lo que toca á los medios preventivos para las máquinas de vapor, los motores eléctricos, la extracción en las minas, las industrias metalúrgicas, varias comunicaciones de Magaldi, Pesaro, Delafond y otros en el *Congreso internacional de los accidentes del trabajo*, 3.ª sesión, vol. I. Milán, 1894.

(2) Orlando, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, en el *Archivio di Diritto pubblico*, 1893.

(3) Fusinato, ob. cit.

cuanto que nos da modo de aclarar todavía mejor el concepto y la teoría de la responsabilidad que ya hemos desenvuelto.

¿Cómo podéis conciliar, se dirá, con la teoría del riesgo profesional el principio de que para la intervención de sanciones penales en los delitos de culpa se exige necesariamente el requisito de la temibilidad? En el caso precisamente en que la catástrofe sobreviene por culpa del operario, se dirá, falta toda imprudencia, toda negligencia del empresario, falta toda temibilidad suya, y por consiguiente no puede llamársele á la reparación del daño.

Respondemos refiriéndonos ante todo al concepto de temibilidad que otras veces hemos indicado. *In lege aquilia et laevissima culpa venit,* decían los romanos, y mucho más oportunamente podría repetirse hoy que en materia de catástrofes de ferrocarriles, de accidentes del trabajo, ha de responderse de la culpa menos que levísima.

Una sentencia de la Corte suprema de Baviera declaró que el ejercicio de la industria ferrocarrilera es necesariamente y en sí misma un hecho culpable (1). Esta sentencia es sin duda exagerada hasta la ridiculez, pero la exageración tiene un substrato de verdad, contiene algo innegable que es profundamente sentido por todos.

Los que ejercen una industria, los que tienen abierta una fábrica, si no se dedican á una cosa ilícita, se ocupan sin embargo en una materia peligrosa.

Figurémonos, pongo por caso, que yo camine sobre una faja de tierra que á cada lado tiene abiertos debajo de sí los profundos abismos del mar, é imagínese que haya de marchar por aquella faja de tierra un considerable número de personas. Ciertamente

(1) Coviello, *Responsabilità senza colpa*, pág. 13.

que si yo, en vez de andar lentamente, cautamente, mirando ora al suelo para evitar los obstáculos, ora á mi lado y hacia adelante para manejarme según las personas que pasan, anduviese de prisa y con la cabeza hacia arriba como puede cualquiera hacerlo por las calles de una ciudad ó del campo, todo el mundo diría que obro de ligero y de negligente, que pongo en peligro la vida y la salud ajena.

Lo mismo poco más ó menos puede decirse del industrial, del capitalista que conocen los peligros, los riesgos inherentes á su empresa, y que saben muy bien cuánta cautela es necesaria para evitar daños y catástrofes.

En segundo lugar, diremos en defensa nuestra que, si aceptamos la teoría del riesgo profesional, es como principio de transacción. Por lo demás, no puede seducirnos á nosotros que hemos fijado una responsabilidad mucho más sólida, mucho más lógica y bastante más comprensiva: la de toda la sociedad ó, por decir mejor, del Estado.

Empero, el solo hecho de que acogiendo la teoría del riesgo profesional viene á afirmarse una responsabilidad sin sombra de culpa, es cosa de que un positivista no puede menos de alegrarse, y es también un argumento más en favor de la responsabilidad del Estado que venimos sosteniendo. No hemos de hacer más que extender las argumentaciones hechas respecto de la industria, sustituir esta palabra por la palabra *sociedad*, figurarnos en suma la sociedad como una vasta empresa, y quedará demostrada la obligación al resarcimiento por parte del Estado. Con todo esto, sin embargo, la teoría del riesgo profesional es poco comprensiva, y demuestra ser ilógica é injusta en sus posibles consecuencias, según veremos brevemente.

Fusinato, uno de los primeros que sostuvo en Italia esta nueva teoría, escribe que la obligación

del patrono ha de limitarse á aquellos accidentes que tienen su origen en la industria ó dentro de ella, ó que, aun proviniendo de causas externas á la industria, se encuentran ligados á la misma por un vínculo interno (1). En resumen, según Fusinato, sería posible el siguiente artículo de ley: «Todos los jefes de empresas industriales, comerciales ó agrícolas, están obligados á resarcir los daños que hayan provenido á sus operarios de un accidente que les sobreviene durante su trabajo. Se librarán de tal obligación probando que el accidente ocurrió por un caso de fuerza mayor independiente de la naturaleza de la empresa, ó por culpa grave de la víctima» (2).

Inmediatamente hemos de observar que, en la concepción de Fusinato y de los muchos que le siguen, se encuentra una distinción inexacta y artificial entre caso fortuito y fuerza mayor. El patrono, por ejemplo, habrá de responder del evento en el caso de que, penetrando el rayo en una fábrica en que está acopiada una gran cantidad de pólvora, mate al operario, y no responderá de nada si el rayo hiere al operario mientras está entrando en la fábrica. Tenemos una fuerza extraña que no es inherente á la industria, dice Fusinato refiriéndose á este segundo caso (3).

Pero, puesto que el mismo Fusinato nos enseña que la palabra «industria» ha de entenderse en sentido lato, ¿no podríamos decir que también en este segundo caso está el hecho luctuoso ligado á la industria en cuanto el operario ha sido herido mientras entraba en la fábrica, y no habría sido herido si no hubiese estado empleado en aquella industria.

(1) Fusinato, ob. cit., págs. 56-57.
(2) Idem, ibidem, pág. 67.
(3) Fusinato, idem, ibidem, págs. 57-58.

en cuanto en último resultado era obligación imprescindible del emprendedor lo que no lo es para el dueño de una habitación cualquiera, ó sea, prever una desgracia semejante y proveer á la fábrica de un pararrayos que la hubiera evitado?

No negamos con esto que el operario puede ser víctima de la que Fusinato llama *fuerza mayor*, sin que el patrono pueda en modo alguno verse obligado á la reparación del daño; más bien queremos hacer notar ciertas consecuencias injustas á que puede llevar la teoría del riesgo profesional.

El principio con el cual se intenta justificar la nueva teoría, es el siguiente: el patrono ó empresario que disfruta de las ventajas de su industria, soporte también sus consecuencias dañosas. Dice Fusinato: «Es justo que el patrono, que establece su industria con el fin del lucro, deba proveer á los daños ocasionados por los hechos que él sabe son inseparables de la misma» (1).

Es justo, dice Fusinato; pero supongamos, volviendo á servirnos del ejemplo ya indicado, que el rayo, al caer en el lugar en que está amontonada una cantidad inmensa de pólvora, provoque un incendio del cual resulte la completa destrucción de la fábrica, y además, la muerte de considerable número de operarios. Ahora bien, este industrial, que puede ser un hombre honrado que había tomado todas las precauciones posibles, que trataba humanamente á los obreros y cumplía sus obligaciones de buen ciudadano, ¿habrá de ser llamado por la teoría del riesgo profesional á resarcir el daño que á todas las familias de los desgraciados operarios puede provenir de la imprudencia de un obrero ó de la fatalidad del acaso? ¿Podrá verdaderamente decírsele á aquel desventurado, que por el

---

(1) Fusinato, ob. cit., pág. 54.

solo hecho de la destrucción de la fábrica viene á sufrir una pérdida económica incalculable: tú, que reportas las ventajas todas de tu industria, toma también á tu cargo los riesgos? ¿No deberemos decir más bien, aun en la hipótesis de que el patrimonio del empresario pudiese servir para la reparación del daño, que la ley sería bárbara é inhumana? Para descargar tan terriblemente la mano sobre este industrial, mejor que á un principio de justicia distributiva, es necesario recurrir al acaso fatal, inexorable, al cual (nótese) se aparta de las familias obreras para descargarlo por completo sobre la cabeza de uno solo. He aquí manifiesta, evidente, la injusticia de tan ponderada doctrina.

Hemos dicho que la teoría del riesgo profesional es también poco comprensiva, y concretando, añadimos que no puede aplicarse indistintamente á todos los accidentes del trabajo, sino únicamente á algunas pocas de las desgracias que en él ocurren.

Para aplicar el principio del riesgo, será necesario que haya un empresario, un industrial, un patrono del cual dependan los operarios; los que no hayan encontrado una ocupación fija en una industria, ó en una fábrica, los que se verán obligados á vender día por día su obra á uno ú otro, pueden también romperse una pierna ó abrirse la cabeza, pero no tendrán derecho, y lógicamente, á ningún resarcimiento; en estos casos, el operario—esta frase, que podría prestarse á amargas reflexiones, nos la sugiere Fusinato (1)—es una especie de empresario. Puede por consiguiente el jornalero á quien un rico ha enviado á buscar para que coloque los postigos de una ventana, resbalar, caer y romperse la cabeza; puede el cerrajero que es llamado para componer algún objeto, lastimarse la mano y quedar por

(1) Fusinato, ob. cit., pág. 65.

algún tiempo incapacitado para el trabajo: el rico, por más que lo sea, no es industrial, empresario, patrono, y no estará obligado á indemnización alguna.

Así pues, con la teoría del riesgo profesional, que algunos creen verdaderamente protectora de todos los obreros, se crea innegablemente una clase privilegiada de operarios, frente á la gran masa de los que, rechazados de las fábricas y de los talleres por la inexorable ley de la competencia, se ven obligados á vender cada día su trabajo adventicio.

A pesar de las objeciones que hemos dirigido al principio del riesgo profesional, no desconocemos que, en la práctica, ha de aceptarse como medio reparador de cierta eficacia, por razones que explicaremos brevemente.

En primer lugar, como hemos dicho otras veces, los accidentes del trabajo dependen con frecuencia del avaro egoísmo del patrono, que trata de economizar cuanto puede, en especial abrumando de fatiga al operario.

Ahora bien, es difícil que puedan probarse ante los jueces esta negligencia, este egoísmo del empresario, y entonces la teoría del riesgo profesional servirá no obstante para algo. Se le dirá al empresario que aquella catástrofe, aquel caso fortuito, eran inherentes á la industria, que él podía preverlos, y sólo se librará de responsabilidad en el caso de que sepa demostrar que había previsto, y que para prevenir el daño, había recurrido á todas las medidas, á todas las precauciones que la ciencia, la práctica, el buen sentido, indican como necesarias ó simplemente útiles.

Además, la teoría del riesgo profesional contiene, aunque reflejado inconcientemente, un íntimo espíritu marxista, y precisamente haciendo notar este espíritu es como se puede pedir hoy, como regla

general, la aplicación de aquella teoría. Porque, cuando se dice que el industrial establece su industria con el fin del lucro, cuando se afirma que el fabricante reporta todas las ventajas, se dice poco más ó menos lo siguiente: sabedlo, el industrial, el patrono, explotan la empresa, la fábrica, en su propio y exclusivo beneficio, dan á los operarios aquel tanto que apenas les sirve (y alguna vez no sirve) para vivir, se apropian todo aquel rendimiento que deberían partir con los operarios; es natural por consiguiente que, en caso de accidente, devuelvan una parte al menos de los bienes que se apropian inicuamente mediante el actual sistema capitalista.

A muchos podrá parecerles extraño, pero nosotros estamos convencidos de que la teoría del riesgo profesional es, inconcientemente, el reflejo del principio del plusvalor que, aun antes de tomar forma científica con el autor del *Capital*, era sentido como verdadero en la conciencia de todos los hombres inteligentes y honrados.

Por lo demás, un joven y valioso economista, Jannacone, está casi de acuerdo con nosotros en este punto. En efecto, aludiendo á la teoría del riesgo profesional, escribe que tiene un carácter transitorio y explica su idea con el siguiente período, que vale la pena de ser copiado: «La razón de que hoy sea equitativo que, para los efectos civiles, se considere al patrono responsable hasta de la casualidad, está en las presentes condiciones de trabajo y especialmente en el modo de retribución. Con el actual sistema de salariado, el emprendedor, apropiándose todo el rendimiento limpio, se apodera de una parte que, en estricta justicia, pertenecería al obrero.» Y en otra parte escribe textualmente lo que sigue: «El capitalista promete sacar indemne al obrero hasta de los daños del caso fortuito, á cam-

bio de la parte de rendimiento limpio no suya que se apropia» (1).

En su consecuencia, el principio del riesgo profesional (2), que ha informado la última ley sobre los accidentes votada por el Parlamento italiano, que al presente hasta Inglaterra ha acogido por cuanto ha inscrito en su *Statut-Book* el *Workmen's Compensation Act*, debe ser aceptado y defendido como medio reparador (3) cuando no se formule del modo absoluto que quiere Fusinato, cuando vaya acompañado de la responsabilidad social, que habrá de afirmarse siempre que el operario esté fuera de una industria ó de una fábrica.

Lo poco que hemos dicho acerca de los medios reparadores (resarcimiento del daño), nos abre la entrada para hablar de los medios represivos.

El mismo medio reparador puede, por lo demás, mirarse por un lado como represivo, ya que el dinero, por ejemplo, que el empresario se ve obligado á desembolsar, representa una disminución mayor ó menor de su patrimonio, disminución que produce un sufrimiento, y que frecuentemente ayuda á reprimir una individualidad imprudente, y muy á menudo, demasiado egoísta y avara.

Poco más podemos decir sobre los medios represivos. Cuando la culpa del individuo resulta bastante grave, aunque no haya sido grave el daño á que ha dado lugar, deberá añadirse al resarcimiento,

---

(1) Jannacone, *Il contratto di lavoro*, en el *Archivio giuridico*, de Serafini, año 1894, vol. LIII, páginas 154 y 156.

(2) Sobre los accidentes del trabajo véase entre tantos otros, á más de los citados, Ricci, *Infortuni sul lavoro*, en la *Nuova Antologia*, Julio 1896; Coviello, *Caso fortuito*, etc.

(3) Mataja, *Das recht des Schadenersatfes von Standpunkte des Nationalökonomie*, pág. 85. Leipzig, 1888.

como medio represivo, una fuerte multa que ingresará en las cajas del Estado, y de la cual se servirá éste para ciertos fines, con ciertas modalidades que ya hemos indicado.

Sólo queremos, antes de acabar esta materia, expresar una opinión nuestra que á primera vista podrá parecer injusta y draconiana, pero que responde á las exigencias de la práctica y de la justicia. Muchas veces hemos tenido ocasión de hacer notar que las penas corporales de breve duración, tanto en los delitos de culpa como en los de dolo, son la irrisión más descarada de la causa de la justicia, y ciertamente que, como escribe Ferri (1) «en los homicidios y en las lesiones involuntarias las penas detentivas son inútiles», pero es innegable que, en ciertos especiales delitos de culpa, podrían ser de utilidad. Es necesario pensar que los empresarios, los industriales, los capitalistas, los directores de fábrica, son personas acostumbradas á las comodidades de la vida, á las distracciones, á las diversiones que las riquezas proporcionan. El desheredado, el que está falto de sentido moral, que vive del hurto ó de limosna, que duerme al aire libre ó en un desván, que no puede hoy hacer frente á todas las exigencias de la vida, cantará con mucha razón de la cárcel:

Quà sol trovi parenti, quà gli amici,
Denari, buon mangiare, allegra pace.
Fuori sei sempre in mezzo ai tuoi nemici,
Se non puoi lavorar, muori di fame (2).

---

(1) Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 545.

(2) Sólo aquí encuentras parientes, amigos, dinero, buen comer y alegre paz. Fuera estás siempre en medio de tus enemigos; si no puedes trabajar, te mueres de hambre.

No cantarán lo mismo aquellos ricos indolentes habituados á la cocina más delicada y apetitosa, al cuarto espacioso y soleado, con alfombras y caloríferos. Metedles á éstos, en el caso de accidente del trabajo por imprudencia y culpa, en la cárcel por algunos meses sin permitir que disfruten de privilegios ni comodidades, consideradlos como ladrones ú homicidas, y tendréis en estas penas el medio represivo más eficaz y más cómodo contra los delitos que cometen su avaricia y su egoísmo.

Cuando los que dirigen una fábrica, un taller, un establecimiento industrial, supiesen que la falta de medios preventivos, necesarios y útiles, que su imprudencia, la cual podría consistir en una jornada reconocida como demasiado pesada, en un salario demasiado mezquino, les expondrían con seguridad á la pena de algún mes ó hasta de algún año de reclusión, ¡oh, estemos seguros de que las cosas marcharían en la industria bastante mejor que hoy, y de las catástrofes que ahora se atribuyen al caso fortuito, desaparecerían más de la mitad, suponiendo poco! El medio represivo se habría convertido en el más eficaz de entre los preventivos.

No contradecimos con esto el principio mil veces repetido por los positivistas, de que las penas tienen escasísima eficacia para la represión; esto es mucha verdad, y aun sosteniendo la eficacia de las penas en el caso de accidentes del trabajo, catástrofes de ferrocarriles, no contradecimos aquel hecho comprobado é indiscutible.

La realidad es que el individuo obra según los móviles que le impulsan: el móvil más fuerte predomina por ley natural sobre el más débil y determina al individuo, le empuja.

Ahora bien, en el caso de delincuentes, en el sentido más usual que se da á esta palabra, la cárcel no representa un motivo que pueda vencer, ó las

tendencias del organismo, ó las provocaciones graves y continuas del ambiente: la idea de la cárcel no es repulsiva para éstos, y pasa por tanto inadvertida. Pero cuando nos hallamos frente á individuos que no obran por impulsos ó por constricciones violentas, sino que están guiados por el cálculo, prevalecerá siempre el interés mayor, que hoy es el de especular con la vida y la salud de los operarios, y mañana, cuando se hubiesen aceptado nuestras proposiciones, sería el de evitar la dura é infamante pena de la reclusión.

Después, los medios represivos tendrían algo de común con los eliminativos, que en este campo no tienen razón de ser. Bastaría que se quitase por algún tiempo la dirección de la industria ó de la fábrica al empresario varias veces reincidente que patentiza su ineptitud para semejante oficio. En los casos graves, naturalmente, tal prohibición podría llevarse hasta el extremo de privar al empresario del derecho de ejercicio.

Por lo que toca á las catástrofes de ferrocarriles en particular, la culpa puede encontrarse, con mayor razón que en cualquier otro caso, en la menor de las imprudencias, ya que se trata de la vida, de la incolumidad del viajero que por fuerza ha de confiar en las compañías que se encargan de su transporte. Es oportuno, en consecuencia, repetir con Campolongo (1) «que las exigencias de la ciencia y de la práctica piden una ley de ferrocarriles». En esta ley tendría que detallarse minuciosa y científicamente el trabajo, la misión de los varios empleados, establecer la obligación de los medios preventivos que la ciencia considera eficaces y útiles, asegurar una vigilancia cuidadosa y continua, de

(1) Campolongo, *Morti e lesioni sulle strade ferrate*, en la *Scuola Positiva*, Abril y Mayo 1896, pág. 275.

tal suerte que cualquier hecho desástroso pudiese sin incertidumbre atribuirse á personas que no pudiesen eximirse de la responsabilidad.

Por lo demás, que los medios preventivos tendrían gran importancia en este caso especial, se deduce de las causas que en Inglaterra dan lugar á las desgracias y son las siguientes (1): 1.°, falta de dobles vías; 2.°, insuficiencia de señales y verguetas móviles para los cambios; 3.°, mal suelo de la vía; 4.°, red vasta y barata. En Italia no puede hablarse (2) de una red vasta y barata, de manera que ha de decirse que la mayor parte de tales catástrofes depende de la falta de medios preventivos (3).

En cuanto á la represión que hoy puede ejercerse, vale la pena de insertar algunos pasajes que tomamos de un precioso opúsculo de Cogliolo (4): «Nunca debería olvidarse el artículo 290 de la ley de obras públicas de 20 Marzo 1865 que dice así: «Los concesionarios de las vías férreas públicas, sean simples industriales ó sociedades reconocidas por la ley, son civilmente responsables, tanto respecto del Estado como respecto de las personas morales y de los particulares, de los daños que sus administradores, encargados, empleados y agentes cualesquiera empleados en el servicio de las líneas concedidas, ocasionen en el ejercicio de sus funciones.» Es conveniente también recordar que, en el caso de catástrofes, ocurridas por impericia, el director

---

(1) Véase la *North American Review*, Diciembre 1893.

(2) En España tampoco.

(3) Para persuadirse de esto, basta recordar la catástrofe de Grassano, ocurrida por haber chocado un tren en marcha con un hundimiento de tierras, y la de Novara de 1891, que hubiera podido evitarse si el tren hubiese estado previsto del freno de aire comprimido Westinghouse.

(4) Cogliolo, *La responsabilità giuridica delle società ferroviarie*, págs. 50, 52 y siguientes, Florencia, 1892.

general de la red puede ser citado á comparecer, no sólo como civilmente responsable, sino como acusado, si demostraba haber intervenido en aquella serie de nombramientos abusivos que las compañías de ferrocarriles hacen con intentos de avaricia, por los cuales se dan á los empleados estipendios inherentes á un cierto grado inferior y las ocupaciones inherentes á un grado superior, á consecuencia de la falta de una plantilla orgánica y de la deficiencia de personal» (1).

Estas palabras del valiente Cogliolo demuestran que también él cree que las penas corporales pueden servir para hacer mucho más prudentes y cautos á los directores de la red, á los jefes de la administración, y por otro lado, que nuestra idea de someter á penas corporales á directores, empresarios, etc., no contradice los principios teóricos sancionados por nuestra legislación.

Ya hemos hecho notar que muchas veces no puede declararse responsable, ni á los efectos penales ni á los civiles, al que es causa material del daño, y esto lo sostiene el mismo Cogliolo cuando escribe: «Una pequeña equivocación del empleado, la menor inobservancia del enorme fárrago de reglamentos de ferrocarriles, pueden originar un desastre y costar al empleado diez años de detención. Ahora, si pensamos que el empleado de un ferrocarril á consecuencia de la falta de personal ha de trabajar casi catorce horas al día, que con un estipendio mínimo está abrumado por una responsabilidad máxima, que la naturaleza de su puesto le obliga á pasar de una cosa á otra, que se encuentra con unos reglamentos inmensos, oscuros, confusos, que por falta de una plantilla orgánica ha de desempeñar, teniendo capacidad y sueldo para cierto

(1) Cogliolo, ob. cit., pág. 52.

grado, funciones de un orden superior, si se piensa en todo esto, se pregunta uno cómo es posible condenar á diez años de detención á un empleado de ferrocarril que ha cometido un error casi por no poder dejar de cometerlo. En la práctica, todas las condiciones sobreindicadas pueden quitar al empleado su completa capacidad psíquica, y convirtiéndose en circunstancias eximentes y atenuantes, generar un estado de semi-responsabilidad que puede suprimir ó mermar la culpa; pero en compensación, yo opino que hay la responsabilidad penal del director de la red» (1).

Naturalmente, tanto en las catástrofes de ferrocarriles como en los accidentes del trabajo, la cárcel debería ir acompañada siempre de fuertes multas, y además, en la hipótesis de que haya contribuido al hecho culpado una grave imprudencia ó negligencia del empresario, se adoptará contra él la medida de suspensión del oficio ó profesión que sea.

No ha de olvidarse que en esta clase de delitos de culpa ya hemos enumerado á los que venden comestibles nocivos para la salud, bebidas insalubres ó corrompidas, y que ocasionan de este modo graves perturbaciones en la salud y enfermedades en grandísimo número, los especuladores que arriendan tugurios malsanos violando las reglas más elementales y más importantes de la higiene, los indus-

---

(1) Sobre las catástrofes de ferrocarriles, hay una literatura, italiana y extranjera, riquísima. Además de los ya citados, véase entre tantos otros, Fassa, *Responsabilità delle compagnie ferroviarie riguardo alle persone*, Turin, 1888; Gasca, *Codice ferroviario*; Cavagnari, *Parte lesa e disastri ferroviari*, en *Scuola Positiva*, 1893, página 976; Ferri, *Processo pel disastro ferroviario di Grassano*, Potenza, 1892. Para la legislación de Alemania, véase Westerkamp, *Haftpflicht* en el *Eudenamis Handbuch*, III, pág. 116 y siguientes; Unger, *Handeln auf eigene Gefhar*, pág. 383 y siguientes.

triales, los empresarios que abrumando con un exceso de trabajo á los operarios (en especial si son mujeres y niños) les acarrean graves daños en su cuerpo y en su psiquis.

Los medios que han de usarse en semejantes casos para la defensa social, son análogos á los que hemos indicado hasta aquí, ya que también en éstos se encuentra falta de altruismo, de sentido moral (1).

---

(1) En estos casos más que en otro alguno es cuando hay que buscar y censurar la insuficiencia de nuestras leyes frente á las que van promulgando los países civilizados. Baste decir que, á tenor del artículo 323 del Código penal, en los casos más graves en que se produce el envenenamiento ó la corrupción de aguas potables con peligro para la salud de las personas, la detención en su máximo llega sólo *á un año y la multa á 1,000 liras*.

En cambio, en el proyecto de Código penal suizo debido al profesor Stoos y que en muchas cuestiones importantes y esenciales señala el triunfo de la escuela positiva, el art. 65 está concebido así: «Será castigado con prisión y *multa hasta 10,000 liras*, el que por negligencia haya fabricado ó transformado objetos destinados al uso ó al consumo de las personas de tal modo que los haya hecho peligrosos para la salud y la vida. Con la misma pena será castigado el que por negligencia haya importado, exportado, tomado en depósito, puesto á la venta ó en circulación tales objetos.»

Mientras que entre nosotros, por lo tocante á las lesiones, á los daños físicos producidos por el exceso de fatiga, existe solamente el art. 375 de las lesiones culpables, que no se aplicará casi nunca y que por lo demás en los casos más graves conmina con la detención de 1 á 20 meses ó la multa de 300 á 6,000 liras, en el Código suizo hay un artículo especial, el 68, que castiga hechos criminosos no previstos por nuestra ley. Dice así: «Será castigado con la cárcel *ó la multa hasta 10,000 liras*, aquel que teniendo bajo su dependencia un hombre ó una mujer en concepto de operarios, aprendices, alumnos ó pupilos, los haya por codicia ó egoísmo sobrecargado física ó *intelectualmente* de tal modo que su salud resulte quebrantada ó gravemente puesta en peligro.» Después, en los casos más graves, se aplican en el pro-

Otra clase de personas, según vimos, entra en la primera categoría de los delincuentes por culpa, y esta clase está constituída por los que propagan y difunden enfermedades infecciosas.

En general, los factores sociales tienen gran importancia en semejantes casos y la responsabilidad recae principalmente sobre el Estado, que no toma medidas eficaces de prevención hasta el punto de limitar la libertad del individuo; pero algunas veces puede existir en ellos la culpa directa de una persona que, imprudentemente, sin cautela ninguna, vive en sociedad, siendo así que padece de una enfermedad infecciosa ó que hace uso de instrumentos, de utensilios, de enseres que él no desinfecta oportunamente y que pueden muy bien contener microbios patógenos.

Semejantes hechos, aun á tenor de las insuficientes normas sancionadas por nuestros códigos, podrían verdaderamente entrar dentro de la categoría de los delitos de culpa, porque, según nuestra legislación, para el homicidio y las lesiones de que habla el art. 371, se requieren la imprudencia, la negligencia y su relación con la lesión ó la muerte de la víctima. Ahora bien, en el caso, por ejemplo, de

---

yecto suizo *5 años de reclusión y la multa hasta 50,000 liras.*

Pero hay más: entre nosotros, pagada la multa ó sufrida la detención, el culpable puede volver tranquilamente á su oficio; en el proyecto suizo hay el art. 34, que se conexiona estrechamente con los examinados y sanciona que cuando el agente haya infringido los deberes de su profesión, de su industria, del comercio que explota, ó sean de temer nuevos abusos, el juez *le prohibirá su ejercicio desde 1 á 15 años*, y naturalmente, tal prohibición empieza cuando el reo ha sufrido la pena. ¡He aquí la verdadera defensa social! (Véase *Vorentwurf zu ei nem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Berchlussen der Expertkomission*. Berna, 1896.

padres inficionados de mal venéreo que por conducto de su hijo comunican su enfermedad á la nodriza, nadie podría negar, por un lado, la enorme negligencia de los padres, y por otro, la relación de causa á efecto entre la acción de los padres y la enfermedad del ama.

Y tampoco puede dudarse de que las transmisiones de semejantes enfermedades deban considerarse como lesiones: basta recordar que Carrara quiere se comprenda en la lesión personal «*cualquier injusto daño en la persona humana* que no destruye su vida ni está encaminado á destruirla» (1).

Sin embargo, aun cuando en los artículos del Código penal haya todos los elementos para castigar tales hechos y reprimirlos, podemos afirmar que el legislador, al promulgar las disposiciones que recordamos, no ha pensado en esta lúgubre especie de delitos de culpa; tanto es así, que en el art. 375, para el procedimiento en caso de lesiones culpables, se requiere la querella de parte, que en las hipótesis imaginadas por nosotros, la mujer habría de presentar contra el marido, el hijo contra el padre.

El jurista nunca ha propuesto aplicar en tales hipótesis de transmisión de enfermedades, el principio de la responsabilidad por culpa; ni tampoco ha pensado en enumerar tales acciones entre los delitos.

Es tiempo ya, por el contrario, de cuidar de tantos infelices, de tantas víctimas que reciben la enfermedad fatal de quien debería cuidar de su educación; es tiempo de que se tomen medidas contra seres tan temibles para la sociedad. Si la ley castiga al gimnasta que luchando con un extraño le arroja al suelo y le mata, ¿por qué no habrá de castigar al

(1) F. Carrara, *Programma*. Parte especial, vol. II, párr. 1395; véase también Blanche, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, vol. V, pág. 25.

marido que sabe que lleva un mal contagioso al tálamo nupcial, y prevé, por tanto, que lo comunicará á la mujer á quien ha jurado ante la ley proteger y defender?

Cualquiera ve por sí mismo, antes de que se diga, cuántos y cuáles pueden ser los medios preventivos en semejantes casos. En otra parte diremos los deberes que tiene el Estado con relación al acto generativo, y si tal acto puede ser permitido á todo el mundo; entre tanto, considerando que las meretrices son el medio de transmisión, de comunicación de muchas enfermedades, especialmente venéreas, diremos inmediatamente que es preciso prestar al problema de la prostitución más atención de la que hasta ahora se le ha consagrado.

«La prostitución, dice muy bien Ziino (1), constituye uno de los peligros más graves para la sociedad, no sólo por los desórdenes morales á que da lugar, sino también por ser la vía de transmisión más amplia y segura de las enfermedades contagiosas de los órganos sexuales, particularmente de la sífilis».

Pues bien, ¿qué se ha hecho para regular esta prostitución según las normas que la higiene social exige? Abolido el odioso reglamento de 15 Febrero de 1860, á las visitas semanales en las casas de lenocinio se sustituyeron las por sorpresa; se dejó á las prostitutas en completa libertad, salvo la prohibición de pasar á ciertas horas por las calles y de ir al teatro. En compensación, se impuso una multa á la dueña de la casa cada vez que se encontrase alguna prostituta enferma. Después, en cada lupanar *(risum*

(1) Ziino, *Manuale di polizia giudiziale ad uso degli ufficiali sanitari*, etc., 2.ª ed., págs. 433-36. Milán, 1891; véase después, además de Pieraccini, ob. cit., Fabbri, *Profilassi delle malattie infettive*. Milán.

teneatis, amici) ha de haber una enfermeria en la que puedan curarse las afecciones venéreo-sifilíticas leves.

En verdad, comprendemos la reacción contra el reglamento de 1860, y, por otra parte, también se puede comprender la completa libertad concedida á aquellas desgraciadas cuando no se tiene el valor de castigar al que es culpable y temible al igual que la prostituta. ¡Bien se ve que las leyes están escritas únicamente por los hombres!

Nosotros quisiéramos, como dicen á este propósito Maglieri y Ciccone (1), que también hubiese limitaciones para el hombre en el sentido de que les fuese vedada la relación sexual á los que están afectos de cualquier enfermedad venéreo-sifilítica, imponiendo á todas las amas la obligación de tener en una sala apartada, una mujer experta en el juzgar si una persona está ó no enferma, ó mejor, una enfermera que habría de reconocer á todos los que se presentan, despidiendo á los que resultasen enfermos.

En la abolición del secreto profesional, tendremos otro medio preventivo con el cual se impediría el matrimonio de personas infectas. No queremos sostener con esto que el médico vaya á pregonar todas las enfermedades que aquejan á sus clientes, ni menos que no habiendo una razón cualquiera, revele curaciones, operaciones que quiere el cliente mantener secretas; sólo decimos que por exigencias de la utilidad social, cuando el enfermo, no obstante los consejos del médico, quiera contraer matrimonio ó ejecutar actos que pueden atentar á la vida ajena, el secreto profesional no debe existir, sino que surge entonces por parte del médico el deber de hablar,

---

(1) Maglieri y Ciccone: *Vade-mecum d'igiene*, v. II, página 139. Nápoles, 1891.

aun no siendo preguntado, y de revelar lo que sabe.

Es doloroso que en el Congreso francés de alienistas celebrado en 1892, sabios de valia sostuviesen que el médico no debe declarar, aun en el caso de matrimonio y siendo interrogado, si el individuo fué visitado por él y curado de alguna enfermedad infectiva, y es también extraño y doloroso que Ziino (1) sostenga, en la misma hipótesis, la justicia del secreto profesional.

Es oportuno ver á qué se reducen los argumentos del egregio profesor. «¿No nos impone la ley, escribe, el secreto en interés público? ¿Y aun cuando ese interés perjudicase á los demás intereses, aunque fuesen más considerables, ¿quién nos constituye en juez de la diferencia, quién nos ha dado el poder de la elección? ¿No se comprende que la libre disposición de los secretos podrá convertirse en manos de alguno, según las circunstancias, en un instrumento pérfido, si es que no estuviese falseado por errores clínicos ó por defectos de apreciación? ¿Quién le impedirá á un médico mal intencionado ocultarse en el santuario de la ciencia para lanzar sobre la salud de la gente diagnosis envenenadas?».

En verdad que no es difícil responder á las interrogaciones de Ziino. ¿Quién se constituirá juez entre intereses distintos? pregunta él, y nosotros le respondemos que los jueces serán precisamente el buen sentido y la ciencia del médico.

Cuando hay lesión de los derechos ajenos, cuando hay un peligro para la sociedad, desaparece el derecho del individuo á la libertad. Puede, en efecto, admitirse y debe reconocerse libertad para matarse, para envenenarse, para destruir el organismo propio, pero no puede sostenerse en serio que semejante

---

(1) Ziino, *Segreto professionale*, en el *Digesto* Ital., entregas 179-80, págs. 318-319.

libertad llegue hasta el extremo de reconocer el derecho á contaminar, á inficionar á inocentes que deben vivir en la coasociación seguros y protegidos.

Después, es falso el principio de que el secreto profesional está impuesto en interés público. Todo el mundo ve que, en este caso, únicamente se tutela el interés de una minoría enferma, infecta, peligrosa, á la cual se concede el *ius necis* sobre la mayoría sana é inmune de las enfermedades. En cuanto á todos los demás inconvenientes de médicos que se servirían de su derecho y de su deber con designios pérfidos, que propalarían diagnosis envenenadas, pueden existir desgraciadamente con la imposición del secreto profesional y sin que semejante imposición exista. Por lo demás, no sería imposible, y ni siquiera difícil, discernir el móvil, el objetivo que animan al médico en sus revelaciones, y castigarle cuando le hubiere impulsado únicamente el interés pecuniario ó el deseo de perjudicar á una persona sin favorecer á ninguna otra.

En otro punto de su estudio, olvidándose Ziino de haber escrito que la ley establece el secreto en el interés público, sale con la siguiente herejía: «Oponiendo la utilidad pública al derecho y al deber, es cómo se llega en todas las cosas á la disolución de los principios tutelares de la sociedad: en política á lo arbitrario, en derecho á la injusticia, en moral al relajamiento». Es inútil refutar semejantes aserciones: basta hacer notar que, para Ziino, es un derecho del individuo contaminar á un infeliz que se confía á él, es un principio tutelar de la sociedad aquel por el cual se quiere que los tuberculosos, los tísicos, los sifilíticos, vivan en medio de las personas sanas esparciendo impunemente el microbio patógeno donde quieran.

Por nuestra parte no lo creemos, y creemos al

contrario que sería un buen método preventivo el considerar al médico que sabiendo los desposorios de un tuberculoso, de un sifilítico, no hace las oportunas revelaciones, como un cómplice de éste, ya que como él ha previsto las consecuencias funestas del hecho y no ha puesto obstáculo á ellas.

Por lo demás, basta mirar lo que sucede en la práctica, para persuadirnos de que las teorías de ciertos médicos que por especiales razones hablan del modo que hemos visto, han terminado ya su misión.

Bien escribe Pieraccini: «Las lecciones clínicas públicas, la costumbre generalizada en casi todos los hospitales de escribir el diagnóstico de la enfermedad en el cartelito puesto á la cabecera del lecho del enfermo, son ofensas abiertas al secreto médico, esto sin recordar que el médico, con el informe judicial, á menudo falta al secreto de la profesión, que la ley no reza con los sifilíticos y coléricos que son recogidos en hospitales especiales, y que en estos últimos tiempos se ha impuesto al médico el deber de notificar ciertas enfermedades á la autoridad competente» (1).

Pero hay más. En Italia, hasta frente á la legislación actualmente en vigor, nos parece que no puede hablarse de delito en el caso concreto de revelaciones en caso de matrimonio. Con efecto, el art. 163 del Código penal castiga la revelación del secreto profesional hecha *sin justa causa;* ahora bien, ningún

(1) Pieraccini, ob cit., También Bossolo, al escribir sobre esta materia (*Il segreto professionale medico*, página 7. Turín, 1896), decía así: «El secreto absoluto es un ideal que, si puede legitimarse por una elevada opinión de dignidad, no se amolda bien á las necesidades y dificultades de la práctica de cada día, y pone frecuentemente la conciencia del hombre honrado en un conflicto demasiado rudo con las leyes de la moral».

tribunal se atrevería á declarar que no hay justa causa en la conducta del médico que quiere salvar á una desventurada joven y á los muchos inocentes que pueden nacer. Hasta Carrara defendía en semejantes hipótesis la impunidad del médico, observando que no se puede pretender que, por respeto al secreto profesional, tenga que mentir á quien le consulta, cooperando con su mentira á la ruina de éste. Y el insigne jurista continuaba con las siguientes espléndidas palabras, que un positivista no puede menos de aplaudir: «Nunca se puede mantener el precepto de la ley humana á despecho de la ley moral, y nunca puede extenderse la ley punitiva al castigo de un acto de humanidad ejecutado con buen fin» (1).

Para los casos en que la enfermedad es transmitida directamente por personas, pero con vestidos, utensilios y efectos que éstas emplean, serían buenos medios preventivos reglamentos científicos que sometiesen todo lo que puede ser un medio comunicativo de enfermedades infecciosas á una desinfección fácil y segura.

El barbero ha contagiado con la navaja la sífilis á un infortunado cliente: pues bien, que se imponga á todo peluquero, so pena de graves multas, la obligación de desinfectar las navajas, los hierros, los utensilios, y que la desinfección se efectúe en lugar

(1) Carrara, ob. y lug. cit. Contra Carrara está Faranda (*Questioni di diritto*, vol. I, pág. 186. Messina, 1886), el cual llega á las siguientes conclusiones: «*El secreto para todo y siempre*, tal me parece ser la última fórmula que compendia el deber profesional, y cuando hay violación de precepto positivo es necesario que enmudezcan las razones de moralidad por altas que se quieran». Véase también á este propósito Majno, *Commento del codice penale italiano*, pág. 494, Padua, 1896, y F. Puglia, *Manuale di diritto penale ad uso de medici, periti*, págs. 130-140. Milán, 1894.

visible, á la vista de todos, y procédase análogamente en casos semejantes.

Por lo que toca á los medios reparativos, resulta evidente que, depurada la imprudencia ó la negligencia, es deber del delincuente, salvo que tal obligación sea superior á sus fuerzas, encargarse de todos los gastos que requiera la curación, y resarcir el daño que puede haber causado con su acción. Faltando en todo ó en parte la obra del individuo, interviene siempre la de la sociedad.

En cuanto á los medios represivos, basta decir que todos los que no obedeciesen las normas preventivas establecidas por la sociedad, serían castigados con graves multas á las que, en casos especiales, podría añadirse también una pena corporal. Así, serían multadas las dueñas de casas de lenocinio que permitiesen la entrada á personas infectas, serían también multadas éstas por haber tratado de burlar la ley, serían multados y hasta encarcelados los médicos que no hubiesen revelado las enfermedades de ciertos individuos, y por último, serían multados todos los que ejercen un oficio ó una profesión que no hubiesen cuidado de la desinfección de sus utensilios y efectos. Después, caso de que el daño se hubiese producido realmente, se añadiría como sanción la reparación del mismo (1).

Sin embargo, el medio represivo debería naturalmente dirigirse, más que contra otro, contra el que está infectado por el mal y representa un peligro para la sociedad. El individuo enfermo será prontamente segregado de la sociedad para hallar refugio

(1) Esto lo ha reconocido la moderna jurisprudencia con sentencia de 19 de Junio de 1895, por la que el Tribunal de Turín declaró á un barbero responsable de lesión culpable por las enfermedades infectivas trasmitidas á sus parroquianos con el uso de hierros no desinfectados.

en hospitales, en pabellones especiales, en sifilicomios y allí permanecerá hasta el fin de su curación. En ciertos casos (tuberculosis, sífilis en el período terciario) la enfermedad no podrá curarse, y entonces el individuo será segregado á perpetuidad y perderá todo derecho sobre su esposa, sobre sus hijos, sobre el patrimonio familiar. Muchos enfermos, en cambio, podrán salir del hospital, y el juez verá entonces si será oportuno dejarles libres en la sociedad, aplicarles alguna corrección, imponerles ciertas restricciones, etc.

En los casos más graves (cuando la permanencia en el hospital tenga que ser perpetua) entran en juego aquellos medios de defensa que por su gravedad no parecían haber de aplicarse nunca á los delitos de culpa; queremos decir los medios eliminativos. Cuando el concepto de la culpa se extiende en toda su natural amplitud, cuando por otro lado se recurre á los verdaderos medios necesarios para desarraigar el delito, vemos que, en ciertos casos especiales, la eliminación ha de defenderse por necesidad, hasta en el delito de culpa. La sociedad tiene que defenderse del tísico igual que del sanguinario; lo único que diferirá será el tratamiento defensivo: á éste se le enviará al manicomio criminal, á aquél á un pabellón exprofeso en el que será curado y ya no podrá perjudicar á los co-asociados.

Esta idea de imponer medidas restrictivas de la libertad, sanciones penales á los que transmiten ó pueden transmitir enfermedades infecciosas, podrá parecer extraña, anti-jurídica, liberticida; pero todas estas acusaciones no nos preocupan gran cosa. Somos calurosos partidarios de la libertad y de los derechos del individuo, pero del modo que muchas veces hemos puesto en claro; los intereses de la colectividad han de prevalecer siempre sobre los egoístas de cada uno.

Por lo demás, está de acuerdo con nosotros en este punto el pensamiento científico de los higienistas, de los médicos, de los sociólogos más grandes y celebrados.

Basta por ahora recordar entre tantos á Vacher de Lapouge (1), quien tratando precisamente el caso especial considerado por nosotros, escribe en su bellísima obra: «Convendría acabar con la sífilis y la blenorragia, *haciendo de tales enfermedades un delito grave* que llevase consigo el encarcelamiento, hasta largo, para asegurar la curación ó la inocuidad del culpable, y proclamando el principio de una fuerte indemnización» y al lado del antropólogo contemporáneo, puede recordarse á un antiguo jurista, Filangieri (2) que hace un siglo escribía las siguientes palabras: «¿No hay derecho á impedir los estragos de un veneno de la fecundidad, de la virilidad, de la vida, de un veneno que después de haber sido la pena de un delito, se convierte en la ruina de la inocencia, de un veneno, en fin, que no respetando á la posteridad misma del que lo lleva en su sangre, hace nacer una raza degenerada, bastardeada, enervada?»

Pasemos ahora á la segunda categoría de delincuentes por culpa, formada por los que delinquen por impericia, amenazando así con graves peligros á la sociedad. A propósito de esta categoría, merece particular atención el problema que se refiere á la responsabilidad de los médico-cirujanos y de todos aquellos que ejercen el arte de curar en caso de homicidio ó lesiones culpables.

Es evidente que entendemos hablar de homicidio

---

(1) Lapouge, *Les sélections sociales*, pág. 323, París, 1896.

(2) Filangieri, *Scienza della legislazione*, vol. I, página 307.

ó lesiones causadas por impericia, ya que en la hipótesis en que se encuentran negligencia é imprudencia. el médico ya no es responsable como tal, sino como hombre.

Demolombe (1), que ha tratado esta cuestión minuciosamente y con sagacidad, insiste inoportunamente en distinguir los hechos materiales que son propios del hombre privado más bien que del médico. de los hechos de éste que constituyen el ejercicio mismo de la ciencia, y decimos «inoportunamente», porque es claro que respecto de los primeros no puede haber discusión de ningún género.

El médico que se presenta ante el enfermo en estado de embriaguez y comete en la receta un error que agrava el mal y ocasiona la muerte; el que abandona al enfermo y, no obstante las peticiones de la familia, no vuelve y le deja morir, son evidentemente responsables como imprudentes, como negligentes, y verdaderamente se necesitaba vivir en una época llena de privilegios y de indignidades feudales para escribir como escribía Brillon: «En una sola hipótesis hay acción contra los médicos, y es cuando ha habido dolo, en cuyo caso tenemos verdadero delito». ¡Como si fuese necesario sancionar en un artículo exprofeso del Código que cuando un médico comete intencionalmente un homicidio, es responsable de él!

En el caso de impericia, los juristas en general admiten la responsabilidad solamente como excepción. «Hay en la ciencia médica, como en las otras ciencias, escribe Demolombe, verdades universalmente reconocidas y que reinan como axiomas. Entre los que las profesan, nadie podría engañarse en ellas sin una de aquellas culpas graves tan inex-

(1) Demolombe, *Cours du code Napoléon*, v. XXXI, párrafos 539 y 555. Paris, 1882.

cusables como el dolo» (1). En esto, nos hallamos completamente de acuerdo con el insigne jurista, pero estimamos que también en otros casos debería afirmarse la responsabilidad del médico por mpericia.

Sin haber olvidado aquellas verdades axiomáticas de que habla Demolombe, el médico y el cirujano pueden haber cometido en el diagnóstico errores que el médico conciente de su ciencia no cometería; pueden haber adoptado en el tratamiento ó en la operación métodos, sistemas actualmente condenados, ó tenidos por poco oportunos, ó buenos en sí, pero inconvenientes para las especiales condiciones del enfermo, condiciones que el que cura debe siempre conocer.

Un médico cura una úlcera en la región genital como si fuese sifilítica, de suerte que después se hace necesaria una operación que extirpa el pene, siendo así que, hecha á tiempo, la operación no habría dado por resultado la pérdida de la virilidad; un cirujano practica una osteotomía á un niño de tres años, la cual produce una gangrena que hace necesaria la amputación del pie; un operador corta un angioma como si fuese un absceso; un dentista, para anestesiar el diente de una señora, le da inyecciones de cocaína que le producen palpitaciones de corazón y trastornos nerviosos. Quizá no podría encontrarse en todos estos casos, que hemos sacado de la verdad, aquella violación de principios universalmente reconocidos que exige Demolombe; pero ciertamente que en cada una de estas hipótesis y en

(1) Demolombe, ob. cit. pág. 546. Stoppato va más allá y pide (ob. cit., pág. 139) que la impericia de los médicos no sea prevista ni castigada por las leyes, porque es imposible hacerla constar. Pero Stoppato olvida que, en ciertos casos, tal impericia puede hacerse constar claramente.

muchas otras análogas, la temibilidad es evidente, cierto el daño, indiscutible el peligro corrido por la sociedad, y por esto se hacen necesarias medidas enérgicas y radicales.

Naturalmente, la responsabilidad podrá asegurarse más fácilmente cuando se trata de operaciones practicadas por cirujanos que en materia de curaciones hechas por los médicos; mas no por esto debe decirse que la curación de un médico no puede estar sujeta á responsabilidad cuando la impericia pueda depurarse y demostrarse. Los errores que á menudo cometen los médicos que ejercen su profesión completamente faltos de estudios y de capacidad, son los errores de diagnóstico, y es preciso defender enérgicamente á los coasociados de estos peligrosos homicidas.

Por lo demás, si consideramos los argumentos en virtud de los cuales llega Demolombe á sus conclusiones, veremos que pueden tener cierto valor ante la legislación actual, pero que pierden toda importancia ante las reformas prácticas defendidas por la escuela positiva.

«¿Cuáles serían, se pregunta Demolombe (1) los jueces llamados á decidir en estos problemas médicos? ¿Los magistrados del orden judicial, poco versados sin duda en esta materia. ¿Y cuáles serían sus elementos de instrucción? Informes dados por médicos, por cofrades tal vez partidarios demasiado convencidos y apasionados de una teoría científica completamente opuesta á la que el médico habrá creído, en su firmísima convicción, que había de seguir. ¿No sería esto transformar un tribunal ó una sala de justicia en una Sorbona médica?»

Ahora bien, si se piensa en que para la escuela positiva los jueces deberían ser siempre personas

---

(1) Demolombe, ob. cit. pár. 545.

competentes y versadas en las cuestiones que son llamadas á dirimir; si se piensa que en estos casos las sentencias deberían ser pronunciadas por médicos (1) que juzgarían con serenidad é imparcialidad, puesto que en el jurado estarían representadas todas las varias tendencias científicas, es claro que dicha única objeción pierde toda eficacia. Una vez probada la impericia de los médicos, de los cirujanos, de todos los que ejercen el arte de curar, á los cuales pueden añadirse las comadronas y los dentistas, todos deben sufrir la pena de ella aunque el daño no se haya consumado, puesto que todos representan para la sociedad un peligro continuo.

Pensemos con cuánta esperanza, con cuánta confianza y ansiedad á un tiempo ponemos nuestros enfermos en manos del médico; éste, que toma á su cargo una misión tan grave, tan delicada, ha de entrar en liza armado de toda la ciencia del siglo, y ha de poder decir al alejarse del lecho del enfermo: todo cuanto por este hombre podía hacerse, yo lo he intentado y lo he hecho.

Naturalmente, que también en la hipótesis de que el médico quiera experimentar en el enfermo sin conocimiento de éste un nuevo método curativo, habrá de responder de homicidio si no obtiene éxito en el resultado que se había propuesto; no de homicidio premeditado, como escribe Filippi en un artículo más bien de aficionado que de hombre de ciencia (2), sino de homicidio culpable.

«El médico, observa muy justamente Lecomte (3),

---

(1) La idea de un jurado médico ha sido también defendida por Hû en su erudito trabajo titulado: *Etude historique et juridique sur la responsabilité des médecins*, etc., 1889.

(2) Filippi, *La responsabilità penale dei medici*, en *Cassazione Unica*, vol. V., pág. 125.

(3) Recordado por Demolombe, ob. cit., párr. 547.

no tiene en manera alguna el derecho de hacer experimentos; ha de estar siempre guiado por el pensamiento de curar ó mejorar al enfermo». No llegaremos á decir con Filippi «que el nuevo *medicamentum,* antes de ser experimentado con un método nuevo sobre un enfermo, habrá de ser probado por el médico consigo mismo»; pero ciertamente que su aplicación habrá de ser segura y no peligrosa, pues de otro modo será necesario obtener antes el consentimiento del enfermo ó de la familia, según los casos. Las operaciones y los tratamientos peligrosos sólo pueden intentarse sin responsabilidad cuando pueda decirse que el enfermo está destinado á la muerte, que ésta sobrevendrá de un momento á otro.

Pasando ahora á los varios medios que deberían usarse para prevenir y reprimir los delitos de culpa de esta categoría y empezando por los preventivos, diremos inmediatamente que el ejercicio de la medicina debería estar regulado por leyes y reglamentos muy severos, que los médicos deberían ser sometidos á exámenes más serios que los que hoy se celebran, de modo que no existiese la posibilidad de ciertos vulgares errores de diagnóstico y de tratamiento. Además, habría de existir un consejo de vigilancia compuesto de médicos de valía, de cirujanos prácticos, que siguiese de cerca los tratamientos y las operaciones de ciertos médicos sospechosos y de los principiantes.

Respecto de los medios reparadores, tiene valor lo que hemos dicho á propósito de la primera categoría: es obligatorio el resarcimiento con sujeción á los principios y reglas que seguidamente veremos mejor.

Tocante á los medios represivos, á más de los ya expuestos (multa y cárcel), hay otro que en esta categoría tendría gran eficacia y utilidad práctica:

la prohibición, á veces permanente, más á menudo temporal, del ejercicio de la profesión.

En nuestros códigos existe una cosa que se aproxima á esta prohibición, ó sea, la suspensión del ejercicio de una profesión ó de un arte, suspensión que el artículo 11 del Código penal reserva únicamente á las contravenciones, puesto que no se ha comprendido aún la utilidad práctica que habría producido la extensión de esta pena especial.

Según hemos dicho muchas veces y cualquiera comprende fácilmente, un médico, un cirujano, una comadrona, que son verdaderamente inexpertos en su arte, representan para la sociedad un grave peligro y originan una perturbación que algunas veces no se aparta, no se repara ni con la multa por fuerte que sea ni con la cárcel. El peligro y la perturbación solamente cesan cuando sabemos que la persona no se encuentra ya en situación de dañar, que ya no ejerce aquellos oficios, ya no desempeña aquel cometido en que precisamente demostraba ser temible. Por esta parte, el medio represivo de la suspensión tiene gran eficacia, porque viene á ser casi un método eliminativo; el individuo como hombre no es malvado ni peligroso, pero es ignorante y temible como profesional, y la suspensión, al caer sobre su actividad ejercedora, viene precisamente á eliminarle de ese ejercicio en el cual demostraba ser peligroso.

Se nos objetará que nuestra medida no tendría eficacia sino en el caso de que fuese perpetua, porque de otro modo, el individuo volverá antes ó después al ejercicio de su actividad profesional y será siempre imperito; y se dirá también que, prácticamente, no podrá nunca privarse para toda la vida al individuo de la profesión que le da los medios de subsistencia.

Responderemos ante todo que la suspensión po-

dría ser eficaz, aun siendo temporal, cuando durante la suspensión se proporcionasen al delincuente medios de estudiar, de aprender lo que no sabe, y se le sometiese á un examen que le sería necesario para volver á adquirir la patente de ejercicio, y además, si la ignorancia es supina hasta el punto de no poder ser corregida, la objeción no presenta eficacia.

Ante la vida de un individuo solo, hay la de tantos y tantos que son injustamente sacrificados, mutilados, arruinados en su organismo y en su psiquis, y para nosotros, en esta alternativa no hay duda: queremos la salud y la seguridad de la coasociación, más bien que la impunidad del médico que con su ignorancia demuestra ser inepto é insuficiente para su misión.

A la suspensión perpetua se recurriría más fácilmente, como ya hemos indicado, cuando el médico y el cirujano fuesen reincidentes en su error, pues cualquiera ve que la reincidencia es una demostración evidente de impericia, de inexperiencia.

Con estas mismas reglas y con estos criterios podemos defendernos de los que contravienen reglamentos, órdenes, disciplinas propias de algún arte ú oficio. Es verdad que, algunas veces, son contraventores individuos que llevan á cabo el hecho culpado casi inconcientemente, y entonces deben ser considerados con benignidad; pero otras veces nos encontramos en presencia de individuos que están empleados en delicadas funciones (jefes de estación, maquinistas, empleados en oficios peligrosos, etc.), y que no tienen la capacidad suficiente, que no presentan las aptitudes que para tales oficios se requieren, en una palabra, que son imperitos.

Es inútil insistir en estos casos: los métodos preventivos, reparadores, represivos, son análogos á los que hemos enunciado en el caso de los médicos y de los cirujanos.

En tales hipótesis, la suspensión temporal y algunas veces hasta perpetua del arte ó del oficio en que se ha mostrado inhábil el individuo, sería igualmente de gran eficacia. Citaremos á este propósito las hermosas palabras de Berenini, quien escribe lo siguiente: «Partidarios como somos del principio de la idoneidad del medio represivo, no podemos menos de hacer calurosos votos en favor de tales penas, que correctamente aplicadas, irían á herir el delito en sus causas» (1). Nosotros quisiéramos como Berenini ver aplicadas tales penas como irrevocables y principales en el ejercicio de una profesión, de un arte, de una industria, de un oficio, cuando el que los ejerce pone en descubierto una temibilidad y revela un peligro.

Las dos categorías de delincuentes por culpa que aun nos falta examinar, presentan ciertamente menos interés que las que hemos estudiado y pueden considerarse juntas porque en ambas, ya dependan de razones antropológicas ó de causas sociales, tenemos un defecto en el mecanismo de la atención ó en el poder asociativo.

Por lo que toca á los medios preventivos, mucho tendríamos que decir en estos casos, pues muchos serían los medios que indirectamente, mediatamente, podrían ejercer su influencia para eliminar los factores sociales de semejantes delitos de culpa, ó para combatir las causas antropológicas que atañen á la individualidad del agente.

Entre los medios más genéricos, basta recordar una orientación completamente distinta de la educación del joven. La educación y la instrucción del niño de hoy, cuya atención se fatiga enormemen-

(1) Berenini, *Teoria delle pene*, pág. 165. Milán, 1889; véase también Garofalo, *Criminologia*, pág. 478.

te (1), así como todas las demás facultades psiquicas, con los estudios más dispares que requieren una potencialidad concentrativa y distributiva que difícilmente puede encontrarse en los muchachos, habría de ser sustituída por una educación casi diríamos experimental y social, por medio de la cual se enseñase á los niños las relaciones entre los diversos fenómenos y se tratase de desarrollar aquel sentimiento de solidaridad que favorecería no poco, cuando fuese verdaderamente sentido, la disminución de tantos delitos de culpa. Y después ¿por qué no tratar de difundir el conocimiento de ciertas especiales relaciones que existen entre causas aparentemente de ninguna importancia y efectos dañosos?

Muchas veces, los delitos de culpa que entran en estas categorías son la consecuencia de la ignorancia del agente, de su falta de instrucción y de educación. Así por ejemplo, el campesino que habiendo comido carne de cerdo putrefacta experimenta algún trastorno, lo atribuye á un cólico y se detiene en esta palabra, sin sospechar siquiera que aquella carne mala puede ser la causa de aquel trastorno.

En confirmación de nuestras aserciones observemos las estadísticas de los infanticidios culpables en Francia. Desde 1861 hasta 1893 han ido disminuyendo prodigiosamente. En el quinquenio 1861-1865 se contaron 135, en el 1866-1870 se contaron 101, en el 1871-75 fueron 70, en el 1876-80, 56; en el 1881-85, 52; en 1886-90, 45; en 1891, 35; en 1892, 38, y finalmente, en 1893 se contaron 25. Así pues,

(1) Novicow (*Les gaspillages des sociétés modernes*, pág. 215. París, 1894), deplora la situación de nuestros niños en las escuelas. «Son las victimas de nuestra ortografía, de la extravagancia de nuestra sintaxis; son los mártires del griego y del latín. Y todos estos sufrimientos, para emplear la ortografía de nuestros padres y para conservar sus programas de instrucción.»

en poco más de 30 años la cifra de estos especialísimos delitos de culpa ha descendido de 135 á 25. Para explicar esta fortísima disminución, hay que pensar en las causas generales que determinan los infanticidios culpables. En general, no dependen de falta de atención conciente de la madre, sino del hecho de que no está asistida como sería menester y no conoce las prácticas que son indispensables, y del otro hecho de que en un estado morboso como el que precede y sigue al parto, no puede hacer todo lo que es necesario para que el niño pueda pasar de la vida intra-uterina á la extra-uterina. Pero en estos últimos veinte años, se han vulgarizado ciertas nociones, ciertos conocimientos; la mujer más ignorante sabe que no es prudente parir sin ninguna asistencia; ciertas normas de higiene, ciertas reglas concernientes á lo que necesita la vitalidad de un infante, son conocidas hasta de una muchacha, y de ahí que haya ido disminuyendo el delito de infanticidio culpable, que dependía de la ignorancia de especiales relaciones entre causas y efectos, y de un consiguiente defecto en la atención.

Entre los medios siempre inmediatos y genéricos, debe enumerarse también el que se refiere á una alimentación suficiente y sana, á un trabajo que no sea excesivo ó demasiado fatigoso. El poder de la atención ha ido formándose gradualmente y con esfuerzos; para conservarse, es preciso que el organismo se encuentre en condiciones normales. Un defecto en el organismo puede reflejarse en un defecto de la atención, como también en un defecto de todas las facultades que constituyen la psiquis del individuo.

De Sanctis (1) hizo interesantes experimentos so-

(1) De Sanctis, *Lo studio sperimentale dell'atenzione*, pág. 39.

bre los efectos del ayuno, y comprobó que ejerce una perniciosa influencia en el poder de la atención, normal en las condiciones ordinarias de vida. La atención será capaz todavía de fijarse sin dificultad en un objeto determinado, pero la intensidad de la fijación quedará muy disminuída, la síntesis psicológica se volverá poco resistente y podrá sufrir mucho de parte de otra que tratase de sustituirla en el *flick-punkt* de la conciencia. Después, los límites del poder distributivo de la atención aparecerán restringidísimos, la capacidad de la conciencia quedará muy reducida; aun en el caso en que parezca iniciarse una distribución de la atención á varias síntesis, bien pronto se hará patente la fatiga y desaparecerán las más débiles síntesis.

En cuanto á los medios más específicos, es imposible hacer una enumeración, ni siquiera por vía de ejemplo, toda vez que el medio específico preventivo varía para cada hecho culpable. Así por ejemplo, para los hechos luctuosos á que puede dar origen un cazador, podría exigirse cierta habilidad y cierta madurez antes de conceder la licencia de uso de armas; al pugilista y al tirador de armas se les habrían de dar á conocer todos los peligros que puede originar una conducta apenas imprudente y así sucesivamente. Y puesto que en ciertos trabajos se requiere un poder fijativo especial, en otros uno distributivo especial, para asegurarse de la idoneidad del individuo para aquella determinada función, sería útil recurrir á los especiales experimentos por medio de los cuales pueden medirse casi matemáticamente dichos particulares poderes. Podría ciertamente imponerse la obligación de que para oficios especiales con particulares atribuciones, fuesen necesarias una habilidad reconocida y una edad determinada.

Es tiempo de insistir aquí un poco sobre los me-

dios reparadores, porque en estas categorías nos hallaremos, con más frecuencia que en otras, en presencia de personas que no tienen manera de resarcir el daño causado, hasta en el caso de que sea de justicia y de equidad que lo resarzan ellas totalmente. Es útil por consiguiente presentar á grandes rasgos las reglas que han de seguirse en los varios casos en que puede encontrarse el delincuente obligado al resarcimiento.

PRIMER CASO: *es pobre el ofendido, pobre el ofensor.* —Garofalo y Puglia insisten más que otros, en caso de pobreza del ofensor, en su obligación de trabajar en provecho del damnificado. Ciertamente que esta sería con frecuencia una medida óptima, pero no siempre podría aplicarse. Por lo demás, tomada esta medida contra obreros que apenas ganan con qué aplacar su hambre, resultaría más que inhumana. En tales hipótesis, el Estado debería intervenir inmediatamente para resarcir el daño al pobre, y podría con el tiempo reintegrarse con el patrimonio del culpable de una parte de la suma pagada y hasta de toda.

SEGUNDO CASO: *es rico el ofendido, pobre el ofensor.* —Es natural que una advertencia, una pequeña multa que por lo general iría á parar al Estado, bastaría en tal caso para el objeto. Cuando el patrimonio del ofendido no experimenta una disminución sensible, no hay ciertamente una lesión de derecho, y el resarcimiento viene á ser inútil para los fines de la seguridad y de la defensa social.

TERCER CASO: *es pobre el ofendido, rico el ofensor.*— Entonces el ofensor habrá de resarcir el daño que ha causado, y en general habrá de resarcirlo en toda su extensión; si la imprudencia es grave (especial-

mente cuando no es grave el daño), habrá de pagar una multa al Estado.

CUARTO CASO: *es rico el ofendido, rico el ofensor.*— En esta hipótesis, muchas veces el lesionado no habrá experimentado daños tales que deban ser resarcidos en dinero, y la multa, que en esta hipótesis será regularmente muy grave para despertar el miramiento del rico, irá á parar al Estado.

Contra este sistema se objetará que atropella los principios jurídicos, porque, en una hipótesis idéntica de delito de culpa, el rico se verá obligado al completo resarcimiento, y el pobre se verá obligado á resarcirlo solamente en una pequeña parte; pero en realidad, únicamente con estas distinciones se respetan los verdaderos principios de la justicia y de la equidad. Escribe Ferri que pocas liras bastan para excitar la circunspección del pobre, y que se necesitan algunos millares para conservar despierta la del rico; nosotros seguimos este principio, profundamente convencidos por otra parte de que el resarcimiento del daño tiene también una función y eficacia represiva, y no puede aplicarse en aquellos casos en que falta la imprudencia ó la in-atención del agente.

Con nuestro sistema, se conseguiría en la práctica otra ventaja: con las multas pagadas al Estado en las hipótesis en que el delincuente es rico, tendríamos un ingreso para una caja de multas de que podría servirse el Estado para resarcir el daño inmediatamente en los casos en que es urgente la reintegración.

A esta caja, que sería semejante á las establecidas por los gobiernos anteriores para compensar á los procesados que se reconocía eran inocentes, irían á parar también, en la sola esfera de los delitos de culpa, las fuertes multas pagadas en las hipótesis de

tentativa de delito de culpa, ó sea, en el caso en que el individuo, aun no habiendo causado daño á nadie, podía producirlo por su impericia, imprudencia ó negligencia, y hasta aquellos resarcimientos de daño á que puede renunciar el ofendido.

Por lo que se refiere á los medios represivos, ¿qué medida podría encontrarse más adecuada é idónea que la multa cuando sabemos que la atención puede ser tenida artificialmente despierta? Recuérdese el antiguo dicho de Machiavelli de que los hombres tienen más apego á su bolsillo que á su vida, y nos persuadiremos de que cuando el resarcimiento de los daños, que debería inmediatamente hacerse efectivo por la vía penal, fuese obligatorio y seguro para el culpable, cuando las multas fuesen considerables, tendríamos en el resarcimiento, en la multa, dos de los mejores medios represivos.

Sin embargo, en las dos categorías de delitos que examinamos, concurren dos razones por las cuales no puede hacerse gran uso del resarcimiento del daño: una está en el hecho de que muchas veces falta la temibilidad; otra, en que frecuentemente nos encontramos con individuos que no pueden pagar.

Algunas veces, pues, será suficiente una medida prohibitiva (como en casos de desgracias en partidas de caza la prohibición del uso de armas durante algún tiempo); otras veces una severa amonestación bastará por sí sola.

Es útil repetir aquí que en estas dos categorías nos hallamos con frecuencia ante casos dolorosos que merecen toda la compasión, ó bien (como en la última categoría) interviene la culpa mediata de otras personas, las cuales serán castigadas del modo que en otra parte hemos indicado. Cuando nos hallamos en frente de aquellos hechos que pueden llamarse desventuras, accidentes desgraciados, el recuerdo del mal causado volverá al delincuente (ó

por mejor decir) al infortunado, más cauto en el porvenir, mucho mejor que la multa más grave; en cuanto al daño que su acción ha causado, seguramente tratará de repararlo como mejor pueda. De todos modos, sabemos que el resarcimiento es misión exclusiva del Estado, que únicamente por excepción pasa á los individuos.

Estas son las principales medidas á que es preciso recurrir para castigar á los reos de delitos involuntarios. Sin embargo, lo que importa, lo que apremia sobre todo, es la condición subjetiva del agente, á tenor de la cual ha de medirse la temibilidad y por ende la penalidad.

No nos ocupamos *ex profeso* en estas condiciones, toda vez que son las mismas que han de tenerse en cuenta en todo delito y en ellas han insistido repetidas veces los maestros de la escuela positiva. Pero como quiera que en un viejo comentario de derecho penal se dejaban á un lado las disquisiciones teóricas sobre la culpa y se dictaban, para el estudio de estas condiciones subjetivas, normas que (fenómeno extraño) ningún comentarista ha copiado, tenemos una satisfacción en concluir este capítulo con las agudas observaciones de aquel sabio y antiguo criminalista que se llamó José Puccioni.

Puccioni (1), después de haber hecho notar que la represión es tanto más necesaria en los delitos de culpa cuanto que el hombre prudente, sobrio y morigerado, que puede con su comportamiento sustraerse á la violencia y á las arbitrariedades, será siempre incapaz de guardarse de los hechos de un imprudente, del desaconsejado, del imprevisor, explica todavía mejor su idea escribiendo: «Aquel que se conduce en la sociedad con cordura, perspicacia,

---

(1) Puccioni, *Commento del codice penale toscano*, vol. I, pág. 312 y siguientes. Pistoia, 1855.

prudencia, podrá alejar de sí los peligros provenientes del hombre malvado, tanto en el evitar toda causa que pueda dar lugar á odio, venganza ó desahogo de pasiones, como en el custodiar sus cosas con diligencia para que no sean presa de la rapacidad ajena; pero, ¿de qué le servirán la prudencia, la cordura, la circunspección, si paseando por ejemplo por la calle es herido por algún madero arrojado por el imprudente á la vía pública, si es alcanzado por el proyectil de un arma que tenía en la mano persona incapaz ó inhábil para manejarla?» Después de haber hecho notar así la importancia del delito de culpa, Puccioni viene á establecer reglas que sirvan para medir su grado, es decir, viene á considerar las que pueden llamarse condiciones subjetivas del delincuente, haciendo observaciones científicas como podrían encontrarse en el libro de un genuino positivista. Puccioni habla como sigue de la edad, del sexo, de la educación, de la incapacidad personal, del oficio.

En cuanto á la edad, el impúber y el menor de edad, imputables por la ley, carecen de experiencia y de prudencia, en suma, de aquella cordura que se adquiere con los actos. En cuanto al sexo, no es de dudar que «las hembras carecen de aquella experiencia de que están dotados los varones, y que por consiguiente, al medir la gravedad de la culpa, los jueces han de mostrarse más indulgentes con ellas». Respecto de la educación, «cualquiera está en disposición de juzgar que el hombre instruído, de talento, no puede quedar obligado en sus acciones al igual que el ignorante ó el de escasa inteligencia; de donde que en el mismo hecho pueda con justicia encontrarse el grado máximo de culpa en cuanto al primero, el medio y el mínimo en cuanto al segundo y al tercero». Sobre la incapacidad física, el criminalista toscano escribe que «el hombre que está en

perfecta salud y en el vigor de la edad, puede regular sus acciones con diligencia y cautela mayores que el débil y el enfermizo». Por último, relativamente al oficio concluye muy bien: «El hombre que tiene un cargo y se conduce en él con oscitancia y negligencia, el hombre que ejerce una profesión y en ella se muestra inexperto, en términos de producir daño en uno y otro caso, están obligados al mayor grado de la culpa, sea porque no debían ejercer un arte ó un oficio en que no estaban instruídos, sea porque los deberes anejos al cargo imponen el uso de todas las cautelas y de todas las perspicacias» (1).

Puccioni escribía cuando el delito de culpa no había tomado el desarrollo y la importancia que hoy ha adquirido con los progresos de la industria y de las máquinas, y además con la afanosa agitación de la lucha por la vida; pero ya el valiente criminalista intuía, con su talento práctico y positivo, de cuántos daños podía ser causa una acción culpable en cierta situación, y cuánta temibilidad revelaban en ciertos casos el imprudente y el negligente.

Por lo demás, el pensamiento jurídico refleja el pensamiento vulgar, común, y el filosófico; porque es verdad que cuando queremos disculparnos de una acción, decimos que *no se ha hecho expresamente*, pero es verdad también que despedimos á la sirvienta que rompe mucha vajilla, y que á la frase: «no lo he hecho adrede», se opone la otra, quizá más popular, de «el que rompe paga».

Pablo Janet (2) que como filósofo metafísico sostiene que no son imputables las acciones no queridas, «porque no es culpable el que hace el mal sin intención de hacerlo», viene después á contradecirse y da muestras de tener en cuenta las exigencias de

(1) Puccioni, ob. cit. vol. I, págs. 323-4.
(2) Janet, *La morale*, págs. 34 y 35. París, 1874.

la práctica y de la defensa social cuando añade «que es necesario castigar los homicidios por imprudencia, porque la imprudencia no siempre está exenta de alguna intención (lo cual no es verdad), y por otra parte, hasta cuando no hay intención *(faute)* al que ha hecho el mal le toca siempre reparar el daño».

La filosofía, el derecho y el buen sentido concuerdan, pues, en reconocer la importancia y la gravedad del delito de culpa, en querer que en ciertos casos se le castigue, se le reprima.

Ante tales delitos, nosotros, que nos proponemos como fin principal la disminución de la criminalidad, habíamos de buscar las medidas más adecuadas para atenuar su número y su gravedad, y lo hemos hecho indicando á un tiempo los medios preventivos y represivos más importantes y eficaces.

Las medidas que hemos indicado, no son sin embargo las únicas que se requerirían y serían necesarias. Cuando verdaderamente se toma á pecho la defensa social, la preservación de los coasociados de los elementos nocivos, se imponen y se hacen indispensables otras mucho más radicales que funcionarían como óptimos sustitutivos penales.

CAPÍTULO VIII

LOS SUSTITUTIVOS PENALES EN LA CULPA

Hemos hecho constar ya que, entre los varios medios que pueden oponerse á la acción culpable, los preventivos son ciertamente los más eficaces, aun cuando sean aquellos á que más difícilmente recurren el Estado, la justicia. No hemos de exagerar hasta el punto de sostener que con las medidas preventivas tomadas en regla y á tiempo, llegarían á desaparecer todos los delitos, porque si esto puede en teoría, en la abstracción, responder á la verdad, resulta falso frente á la práctica de la vida, frente á lo que el hombre puede hacer y prever con su experiencia y su prudencia. Y volviendo al tema que nos ocupa, puede sin duda acontecer que, aun habiéndose adoptado todas las medidas de seguridad hoy posibles é imaginables, descarrile el tren; puede muy bien darse el caso de que, aun juzgado con diferentes criterios, sometido á exámenes más severos y difíciles, el médico resulte ignorante y lleve á cabo algún hecho culpable.

Muchas veces además, hasta cuando es patente la falta de medios preventivos, contribuyen á constituir el delito, la acción nociva, la negligencia, la imprudencia, la impericia á un tiempo de la víc-

tima. Si por un lado tenemos falta de medidas preventivas, encontramos por parte del agente deficiencias en la atención, en la experiencia, en la pericia, que le hacen en cierto modo temible, peligroso, y que hacen necesaria contra él alguna medida defensiva.

Sin embargo, en ciertos casos especiales, el hecho dañoso depende principal y casi exclusivamente de la falta de medidas preventivas ó de la deficiencia de éstas. Entonces casi puede decirse que el individuo está obligado é incitado al delito por la organización social, y alguna vez hasta afirmarse que si la sociedad hubiese estado constituída de mejor modo, si hubiese adoptado alguna medida radical y especial, el delito de culpa no se habría cometido. Además, es evidente que cuando la sociedad estuviese mejor organizada, también disminuirían en número muchos delitos dolosos.

Volvemos, pues, á insistir en una idea que ya hemos indicado; volvemos á hablar de aquella responsabilidad de la sociedad, de aquella culpa del Estado que son, como dirían los alemanes, el *leitmotif* de nuestro trabajo.

La insipiencia, la negligencia, la imprudencia de los gobernantes y de los Estados, aparecen manifiestamente en tantas medidas falsas, en tantas leyes malas como se promulgan, en el olvido y la deficiencia de tantas medidas útiles y eficaces para el bienestar social. Por lo demás, ¿cómo sería posible que desolasen á los coasociados tan infinitas miserias, que hubiesen de deplorarse tantos sufrimientos, tantas desventuras, si la sociedad estuviese organizada según la equidad y según la justicia?

Pero, objetarán algunos, si ante los jueces no puede hablarse de culpa del Estado y de la sociedad, ¿á qué hablar de los errores y de las faltas del Estado? ¿Cómo pueden entrar en la sombría y severa disciplina de los delitos y de las penas?

Sí, respondemos nosotros, también tales culpas entran en los delitos, y como delitos han de considerarse cuando de delito y de pena se tiene la idea verdadera, positiva, científica. Si nosotros estamos enteramente convencidos con Ferri (1) de que en la sociología criminal ha de estudiarse la actividad humana anti-social ó anti-jurídica, ¿por qué habremos de detenernos en el hecho del hombre único y aislado? ¿Por ventura no castiga la ley á una multitud que delinque ó á una sociedad organizada, sea de bandidos ó de capitalistas estafadores? ¿Y por qué, pues, si el hecho es llevado á cabo, sea inconcientemente, sea sin intención de dañar, por esta aglomeración inmensa de hombres que forman la sociedad ó bien por la organización de la sociedad, es decir, por el Estado, no habrán de intervenir las leyes, no habrán de buscar todos los medios eficaces para mejorar aquella sociedad que es culpable y para corregirla? Se castiga el hecho involuntario del individuo que hiere sin intención de herir, ¿y no se proveerá de ningún modo á la acción, aunque sea involuntaria y sin intención, del Estado cuando envía á la muerte á miles de ciudadanos y de obreros, cuando deja perecer en la miseria y el hambre á tantos individuos que sin embargo forman parte de la sociedad y deberían ser protegidos por el Estado?

Todos los medios que la escuela positiva sugiere para la prevención y la represión de los delitos, presentan eficacia y obran también con respecto al Estado; pero cuando se trata del Estado, los medios represivos y los eliminativos no pueden ser regulados é indicados con normas fijas y seguras. No por esto no se practican tales medios. A veces, fatigados los pueblos, se conmueven y agitan, y así ocurren

(1) Ferri, ob. cit., págs. 967-968.

motines, revueltas, revoluciones, que ora representan los medios represivos de ciertas leyes, de ciertas instituciones, ora los medios eliminativos de organizaciones sociales que ya no responden á las nuevas necesidades y á las nuevas exigencias.

Por lo que toca á los medios reparadores, sabemos ya que el Estado ha de remover si puede cualquier daño que injustamente ha experimentado una persona, ó de otro modo resarcir, de suerte que los medios reparadores tienen frente al Estado la máxima y plena eficacia. Cuando falta la culpa de otros, la culpa suya es como presunta; cuando falta por alguna razón la responsabilidad de todo el mundo, queda la responsabilidad del Estado para tutela de los derechos y de los intereses del particular.

También tiene mucho que hacer el Estado en cuanto á los medios preventivos, que por lo demás se presentan siempre por un lado como medidas penales, ya que involucran, como nota Ferri (1), una restricción de las actividades individuales y sociales.

Ante todo, es necesario reconocer y asegurar los derechos del trabajo, que hasta hoy han sido olvidados, y por esto es necesario un código social que proteja á la enorme masa de los obreros, demasiado descuidada por nuestros legisladores. Asegúrese á todos el derecho al trabajo, impónganse pactos más equitativos entre jornaleros por una parte y capitalista é industrial por otra, y prevéanse minuciosamente y castíguense severamente por la ley todos los accidentes directos é indirectos, materiales é intelectuales, á que pueda dar origen nuestra organización industrial y compleja. De este modo evitaremos muchos hechos luctuosos en que hoy aparece evidente la culpa de la sociedad.

(1) Ferri, ob. cit., pág. 555.

Provéase á la suerte de la pobre y honrada sirvienta á la cual pone de repente en la calle el capricho de una dueña histérica y de carácter imposible, obligándola así para tener de qué vivir al delito ó á la prostitución; piénsese de una vez en la suerte del enfermero que cuidando asiduamente á los infectados por enfermedad contagiosa, respira el pestilente microbio que le lleva la muerte á él, la desesperación y el hambre á su familia.

Al mismo tiempo, ténganse en cuenta los resultados científicos que demostraron el efecto dañoso que ciertos trabajos producen en el organismo humano, hiriéndole en la trabazón de los miembros y más terriblemente aún en la potencia de su cerebro. Desde los tejedores, cuya figura amarilla, encorvada, esqueletizada, cuya vida llena de miserias y de trabajos nos pinta Hauptmann en una obra dramática espléndida, hasta los empleados de ferrocarriles que pronto se vuelven neurasténicos con un trabajo acelerado, continuo, lleno de inmensas responsabilidades, á consecuencia de una vida continuamente agitada por preocupaciones, por esperanzas continuas, por cambios vertiginosos, hay una inmensa multitud de obreros que tiende ansiosamente los brazos y pide, implora socorro. Ahora, ¿quién podría negar que la sociedad, al no escuchar, al no proveer, al no dictar normas preventivas, se hace rea de indolencia culpable, comete delitos de culpa contra individuos que injustamente se quedan sin pan, sin hogar, que se mueren ó pierden la salud antes de tiempo?

Además del código social, se requiere también un código sanitario que adopte enérgicamente medidas para la higiene de los alimentos, de las bebidas, de las habitaciones, y entre tanto, sería bueno que las disposiciones proyectadas, que sin embargo existen y tienen fuerza de ley, no continuasen siendo letra

muerta, no fuesen violadas impunemente. Bien dice Newman relativamente á esta cuestión (1): «Ninguna ley protege la vida y la salud de los millares de individuos que anualmente mueren de enfermedades contraídas en los teatros, en las iglesias, en los cafés, en los establecimientos y en todos los lugares públicos en que los tísicos pueden entrar libérrimamente para comunicar su mortal enfermedad á los infelices que absorben fatalmente los gérmenes de estas enfermedades diseminados por todas partes.»

Es necesario recordar siempre que los homicidios culpables son castigados por la ley sólo en cuanto revelan la imprudencia, la negligencia, la impericia de alguno á quien se tiene por peligroso y punible; ahora, si examinamos las causas á que deben atribuirse las muertes, vemos que muchas de ellas podrían evitarse si por parte de los individuos y de la coasociación se usase de prudencia y de diligencia.

Refiriéndonos á la enfermedad que más víctimas causa, á la tuberculosis, podemos hacer constar, hasta experimentar, que la profilaxis tiene la mayor importancia en esta terrible enfermedad (2).

En Austria, el 12'4 por 100 de las defunciones ha de atribuirse á la tuberculosis. En Hungría, las víctimas por tuberculosis representan el 10 por 100 de la mortalidad general, y en Suiza se calcula que dicha proporción llega al 20 por 100. Según estadísticas creíbles, Francia sacrifica todos los años 150,000 de sus hijos á la tuberculosis, y en Munich

---

(1) E. Newman, *Notas sueltas sobre la pena de muerte*, pág. 93. Santiago de Chile, 1886.

(2) Véase entre tantos otros, Lustig, *La lotta contro la tuberculosi*. Discurso inaugural. Florencia, 1899. Romme, en la *Revue des Revues*, 1.° Marzo 1900.

la mortalidad por tuberculosis oscila entre el 30 y el 44 por 100 de la mortalidad total.

En 1897 tenemos en Italia, según las estadísticas oficiales (y las cifras de este año representan un mejoramiento respecto de los años anteriores), 54.929 defunciones por tuberculosis declaradas por los médicos, para un total de 695,602 defunciones.

Estas muertes por tuberculosis están distribuídas del modo siguiente:

Tuberculosis pulmonar	30,980
Tabes mesentérica.	9,263
Tuberculosis diseminada.	7,690
Meningitis tuberculosa é hidrocefalia adquirida.	4,453
Escrófula.	1,795
Sinovitis y artritis fungosa.	648
Lupus	100
Total. . . .	54,929

Ha de notarse que todas estas cifras referentes á la mortalidad por tuberculosis, han de considerarse como inferiores á la realidad, porque muchos casos son ocultados y bautizados con otros nombres por efecto de un cierto sentimiento de piedad para los parientes, y que otros no son diagnosticados.

Además, muchas meningitis y muchas pulmonías crónicas, ocultan una forma tuberculosa y son una consecuencia de la tuberculosis. Lo mismo puede decirse de la bronquitis, y hasta se puede calcular que de 62,362 muertes por bronquitis comprobadas en 1897, cerca de 30,000 fueron de naturaleza tuberculosa.

Da validez á esta afirmación el hecho de que, cuando el diagnóstico de las causas de muerte se hace en la mesa anatómica, entonces la mortalidad por tuberculosis resulta el tercio de la total, y hasta

puede calcularse que dos tercios al menos de los cadáveres disecados presentan las señales de procesos tuberculosos que se desenvolvieron en el silencio de los síntomas clínicos, y que llegaron á curarse sin que la enfermedad fuese diagnosticada durante el curso de la vida.

Ahora bien, ante una enfermedad que ataca á las dos terceras partes de la población y que de estas dos terceras partes mata la mitad, son posibles cautelas, precauciones, medidas preventivas que ahorrarían considerable número de víctimas.

Parece casi inverosímil, y sin embargo no hay cosa más fácil; y hasta varios sabios han hecho ver que el rico que se vuelve tuberculoso se cura con mucha frecuencia, mientras que el pobre sucumbe casi siempre.

La tuberculosis se ceba especialmente en los obreros, los pequeños empleados, los pequeños comerciantes, los profesores, los camareros de hotel, en los que viven en ambientes cerrados, que comen mal y poco, que carecen de aire y de luz. Es preciso que el organismo humano tenga resistencia contra los terribles bacilos que le asaltan, es necesario que en las luchas que ha de sostener con aquellos parásitos, no se encuentre en condiciones de inferioridad, de debilidad, de agotamiento.

Ahora bien, resulta evidente que el organismo del pobre está más sujeto á quedar vencido en aquella lucha terrible, porque para destruir el bacilo son indispensables tres condiciones: aire puro y vivificante, buena alimentación con buen apetito y reposo físico y moral; pero todas estas cosas no pueden ciertamente obtenerlas el labrador, el operario, el pobre burgués ni en sus casas ni siquiera en nuestros hospitales.

En Alemania hay contra la tuberculosis una defensa verdaderamente preventiva por medio de los

sanatorios populares, que son hoy cerca de 20, número que doblará en breve. Están construídos en medio de parques y cercanos á un bosque de manera que el aire esté libre de todo polvillo, y el enfermo, en vez de pasar su existencia en el doloroso y mefítico ambiente del hospital, está sentado en sillas largas, dispuestas en las galerías de reposo, especie de *verandahs* abiertas, llenas de aire sano y de luz. En estos sanatorios hay salas especiales para las comidas, que son en número de seis. Los platos, apetitosos y bien guisados, son servidos circularmente, y después de cada comida el enfermo va á una sala especial á enjuagarse la boca con licores antisépticos. No faltan las distracciones, proporcionadas por la biblioteca, el piano, los billares, etc., por los espectáculos, los conciertos y las conferencias, que frecuentemente versan sobre higiene antituberculosa. Así se enseña á los enfermos á no escupir, á tener las ventanas siempre abiertas, á no respirar con la boca abierta, á hacer abluciones matutinas, y al propio tiempo se hace aprender un oficio absolutamente sano á los que se encuentran en mejores condiciones.

Los resultados de estos sanatorios son magníficos: de 100 tuberculosos asilados, hay 20 curaciones definitivas y 60 mejorías notables. Nada se ha hecho hasta ahora en Italia, delante de un contingente de defunciones verdaderamente grave y horrible. Solamente se ha constituído en estos últimos tiempos una Liga contra la tuberculosis, que ahora empieza á librar sus primeras batallas defendiendo la construcción de sanatorios populares.

La tuberculosis adquiere mayor importancia entre todas las enfermedades, porque es la que más víctimas causa; pero por lo demás, también respecto de la mayor parte de las otras enfermedades que matan á la humanidad, podemos decir que contribuyen en

buena parte á difundirlas, á aumentar su número, la imprudencia, la impericia del Estado, que no toma las medidas oportunas.

Además de las 30,000 bronquitis de forma tuberculosa, hemos de recordar que también muchas pleuritis (en 1897 las defunciones por enfermedades de la pleura fueron 2,988) son tuberculosas; hemos de pensar en que la viruela, la difteria, que dieron en 1897 1,003 y 6,064 defunciones respectivamente, podrían decrecer en fuerte proporción y curar si los sueros, las vacunaciones y todas las demás medidas preventivas estuviesen más difundidas, al alcance de todos, y fuesen seriamente obligatorias y gratuitas para los pobres. Podemos decir que en tales enfermedades las defunciones podrían disminuir prontamente de la mitad, como podrían disminuir en la mitad en el raquitismo, que en 1897 dió 3,153 víctimas, en la mielitis y en la tabes espinal, que dieron 3,156, en la sífilis, que mató, según en otra parte hemos advertido, 2,205 personas.

En el catálogo de las causas de muerte en 1897, encontramos 9,475 individuos sacrificados á la clorosis, á la anemia, á la leucocitemia. Ciertamente que los muertos por clorosis y por anemia representan en aquella cifra la parte más pequeña; pero sea que tales enfermedades maten por sí mismas, sea que debiliten el organismo y le hagan susceptible de ser atacado y aniquilado, no debemos olvidar que la clorosis de las jóvenes, que se desarrolla en la época de la pubertad, tiene por causas la falta de aire, el trabajo excesivo, sea físico ó intelectual, una alimentación deficiente, y la transgresión de las leyes higiénicas, que puede tener efecto hasta en las clases acomodadas.

¿Y qué decir de las 5,202 muertes por cirrosis y hepatitis, enfermedades que derivan del abuso del alcohol, y de las 504 debidas al alcoholismo?

La malaria y la pelagra son vergüenzas exclusivamente, ó casi exclusivamente italianas. En 1897 tenemos 2,807 muertos de pelagra y 11,947 víctimas de fiebre y caquexia palúdica; en total, 14,754 desgraciados que podían y debían estar vivos.

Ya sabemos que de 10,000 y más muertes debidas á causas accidentales, cerca de 5,000 representan homicidios culpables, y que entre éstos se han de poner también muchas de las 11,344 muertes por causas ignoradas; de suerte que tenemos más de 117,000 personas que podían ser conservadas, y esto de las 695,000 personas que murieron en 1897.

Todo esto sin calcular los 1,340 homicidios, los 1,895 suicidios y las 82,333 muertes ocurridas, dicen las estadísticas, *por otras causas*. ¿Quién podría negar que de estas 85,000 muertes, 5,000 al menos son producto de la culpa, consecuencia de la negligencia, de la imprudencia, de la impericia del individuo ó del Estado?

Puede concluirse, sin temor de exagerar, que de seis personas que mueren, hay siempre una por lo menos víctima de la ignorancia, de la imprudencia, de la negligencia social.

Queremos ahora, siempre por lo que se refiere á los sustitutivos penales, á los medios preventivos que el Estado debería adoptar, hacer indicaciones sobre dos problemas importantísimos que tocan á las más altas cuestiones del derecho civil y de la filosofía del derecho: aludimos en primer lugar á las limitaciones que hoy es necesario imponer al derecho de generación, en segundo lugar al poder de educación de los hijos, á la patria potestad.

En cuanto al primer problema, que toca á las limitaciones que han de imponerse al acto generativo, no es este el lugar de demostrar los perniciosos efectos que puede producir la herencia en el individuo, ni de probar, con citas que no serían

demasiado difíciles, que no sólo se transmiten de padres á hijos los rasgos de la fisonomía, los sentimientos, las tendencias, sino también las enfermedades, las morbosidades, las degeneraciones. Hay un patrimonio quizá más importante que cualquiera otro de los que nuestros padres nos dejan en herencia, y ese patrimonio es el fisiológico.

«Todos, escribía Maragliano en una hermosa prolusión (1), hemos aprendido de Horacio que *fortis creatura fortis,* y cada día vemos á los que crían ganados aplicar el axioma horaciano al mejoramiento de las razas animales en interés de sus industrias». Si los fuertes procrean los fuertes, es mil veces más verdadera aún la proposición opuesta de que las personas débiles y enfermizas pueblan la sociedad de organismos degradados. La observación secular de los médicos prácticos lo muestra de un modo clarísimo, como demuestra que existen enfermedades que se repiten fatalmente en ciertas familias, constituyendo el triste patrimonio de las mismas.

«La herencia, escribe Ribot (2), gobierna siempre los caracteres generalísimos que constituyen la especie, casi siempre los caracteres menos generales que constituyen la variedad, á menudo los caracteres individuales, de donde la conclusión bien evidente que brota de esto es que la herencia es ley, la no herencia la excepción».

---

(1) Maragliano, *La medicina nei suoi rapporti con la questione sociale.* Oración inaugural. Génova, 1892.

(2) Ribot, *L'hérédité psychologique*, pág. 168. Véanse después sobre la misma cuestión, además de Pieraccini, ob. cit., los siguientes: Morselli, *Manuale di semeiotica delle malattie mentali*, vol. I, pág. 41 y sig. Milán, 1885; Kraepelin, *Compendio di psichiatria* (trad. Brugia) página 199 y sig. Milán, 1894; Le Bon, *L'homme et les sociétés*, págs. 133-4. Paris, 1881; Bagehot, *Lois scientifiques*, página 205.

Así, la locura, la delincuencia, la tuberculosis, se transmiten de generación en generación, arruinan la raza, infectan el ambiente y hacen que la humanidad vaya degradándose cada día. Ahora bien, en tales hipótesis, ¿es mayor la culpa del loco, del criminal, del tísico que se casan y procrean, ó bien la de la sociedad, del legislador, que dejan hacer y para nada se cuidan de intervenir y de oponerse á actos tan imprudentes y perniciosos?

Sin remontarnos á los antiguos ejemplos ofrecidos por Grecia y por Platón, quien escribía que es necesario hacer frecuentes las relaciones entre hombres selectos y mujeres escogidas, y rarísimas las entre personas menos estimadas de uno y otro sexo, que si se quiere tener una grey siempre escogida, es preciso criar á los niños producidos por las relaciones de la primera especie y no los nacidos de padres achacosos y débiles; sin hacer alusión á otras leyes y á otras costumbres, basta pensar que el Código austriaco actual niega la facultad de contraer matrimonio á los que padecen epilepsia crónica grave, á los que tienen una conformación que revela un vicio de la pelvis, y á los que sufren enfermedades contagiosas ó transmisibles por herencia. Por otra parte, basta saber que la mortalidad de los niños desde un día á dos años por tuberculosis y sífilis es del 30 por 100, para persuadirse de la negligencia, del egoísta desinterés de que da prueba la sociedad cuando en tales situaciones no interviene y lo deja todo á merced de las inclinaciones, de los deseos, de los apetitos de los degenerados.

Y tanto más culpable es el legislador en cuanto respecto de ciertas enfermedades transmisibles, la tuberculosis por ejemplo, es notable lo que enseña la experiencia de cada día, es decir, la deficiente conciencia que los enfermos tienen de su propio estado y una euforia psiquica totalmente propia de los orga-

nismos más sanos, cual fenómeno puede exagerarse hasta el punto de formar un verdadero contraste con el estado somático, gracias también al aumento de estímulo sensual (1).

Quizá con el tiempo, cuando se haya desarrollado en su grado máximo el sentimiento de socialidad, los individuos débiles, contrahechos, degenerados, idiotas, podrán ser inducidos por medio de la persuasión, como desea Grant-Allen (2), á abstenerse de poner en el mundo seres semejantes á ellos; pero seguramente parece más cercano que este el día en que — conforme quiere Lapouge (3) — se impondrá el servicio sexual como hoy se impone el servicio militar, y así podrá la sociedad hacer una selección.

Tanto más ayudaría en tal materia la intervención de la ley, en cuanto según enseña Spencer, «todas las veces que una autoridad exterior se encarga de imponer la obediencia á exigencias que tienen su raíz en el orden de la naturaleza, la obediencia á esta autoridad exterior sustituye á la obediencia de las exigencias naturales. Nos figuramos que habiendo respetado las reglas impuestas por la religión y por la sociedad en la relación entre los sexos, ya no hemos de someternos á ninguna otra restricción» (4).

Así, en nuestro caso, cada uno de los cónyuges se figura que, cumplidas las formalidades prescritas por el Código civil, nada más hay que hacer y queda seriamente terminado el cumplimiento de sus deberes. La ley no obliga á otra cosa, y por consiguiente á nada más se creen obligados los cónyuges.

---

(1) Véase á este propósito Kraepelin, ob, cit. páginas 27-8.
(2) Grant-Allen, *Essays Fabian Society*, 1892.
(3) Vacher de Lapouge, ob. cit., pág. 485.
(4) Spencer, *La morale des différents peuples et la morale personnelle*, pág. 233. París, 1893.

Intervenga pues el Estado, si no quiere ser considerado como el mayor de los criminales, é imponga no restricciones religiosas y morales tales como hoy se entienden, sino restricciones fisiológicas, ya que el desprecio de éstas, como observa Spencer, es el que arruina nuestra vida por todas partes (1).

No vamos tan allá que pidamos con el neurólogo Hammond (2) y otros hombres de ciencia americanos que en ciertos casos se llegue á la mutilación sexual, pero tampoco estimamos suficientes las proposiciones hechas sobre este punto por un valioso médico y un agudo estadístico, Maragliano y Fornasari di Verce.

Maragliano quisiera (3) que antes del matrimonio el encargado del Registro civil comunicase á los dos interesados las causas de muerte en sus ascendientes y colaterales, y al mismo tiempo, el cuadro de las enfermedades cuya transmisibilidad ha demostrado la ciencia de un modo positivo. Fornasari di Verce (4) propone que la ley considere como justo motivo para que puedan denegar su consentimiento para el matrimonio el padre ó la persona á la cual concede la ley tal derecho, entre otros, el de que uno de los prometidos esposos esté afectado de enfermedad.

Ahora bien, se le puede hacer observar á Maragliano que lo que la ciencia demuestra como ver-

---

(1) Idem, ibidem, pág. 234.

(2) Véase á este propósito un interesante artículo de De Varigny en el *Journal des Economistes*, 15 Julio 1896. Para las indicaciones hechas por los juristas sobre la transmisión hereditaria de las tendencias criminales, véase Garofalo, *Criminologia*, pág. 246; Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 736 y siguientes, y más claramente en *Omicidio-suicidio*, pág. 29. Turín, Bocca, 1894.

(3) Maragliano, ob. cit.

(4) Fornasari di Verce, *Il matrimonio e le generazioni future*, en el *Archivio di Psichiatria* de Lombroso, 1895, vol. 16, pág. 66.

dadero é indiscutible, no lo tienen por tal las personas ignorantes de la ciencia, y que por consiguiente muchas parejas (en especial de obreros y gente del campo) darían oídos á aquellas advertencias y á aquellos avisos de igual modo que hoy lo dan tantas á los pertinentes á sus deberes recíprocos; esto sin contar que muchas veces el amor, la conveniencia, se imponen y vencen todos los demás móviles.

A Fornasari di Verce se le puede observar que, por las mismas razones, los padres, ó quien haga sus veces, se preocupan poco, en la mayor parte de los casos, de estas condiciones fisiológicas, hasta cuando tienen conocimiento de ellas, y que por lo demás, el hombre después de los 25 años y la mujer después de los 21, pueden, según nuestras leyes, contraer matrimonio sin que intervenga el consentimiento de nadie.

Para la verdadera defensa social, es necesario imponer una incapacidad radical de contraer matrimonio á todos los individuos de quienes se teman productos dañosos para la sociedad. En una palabra, se imponen el reconocimiento físico antes del matrimonio, como lo piden Stanley y Haycraft (1), y la prohibición del matrimonio cuando los individuos están empapados de alguna tabes patológica, cuando uno de los esposos presente enfermedades infecciosas y transmisibles, y finalmente, cuando por condiciones orgánicas ó especiales, sea tal su desarrollo

---

(1) Citados por Lapouge, ob. cit., pág. 465. También Debierre (*Le crâne des criminels*, Lyon, 1895) sostiene que nuestro mundo civilizado debería impedir la procreación de individuos que según toda probabilidad llegarán á ser delincuentes (pág. 324) y defiende su castración, que con la cirugía antiséptica actual se ha convertido en un fenómeno inofensivo (pág. 455). Véase también Aubry en la *Année médico-psychologique*, 1892, pág. 425.

que no permita una unión bien dotada (1). Hoy se consideran aptas para el matrimonio muchachas esmirriadas, de pelvis aplastada, hombres endebles y valetudinarios; pero esto ya no ocurrirá cuando la sociedad comprenda el delito que comete al permitir y favorecer ciertas uniones, cuando note de cuántos males fué causa hasta hoy su negligencia y su descuido.

Y no solamente creemos que cuando una junta de médicos declare que las condiciones fisiológicas de los esposos son insuficientes para el matrimonio éste debería ser prohibido, sino que el impedimento debería existir también en aquellos casos en que la situación económica es tal que la familia no podrá mantenerse más que en la estrechez y en la miseria, y no podrá proveer después á los hijos de lo que es necesario para el desarrollo de su organismo y para la educación de su espíritu.

Nuestra firme opinión es que la sociedad debería asegurar á cada uno los medios con que poder vivir decorosamente y mantener á su familia; pero ya que esto forma y por largo tiempo aún continuará formando parte de los *desiderata* por los cuales es preciso trabajar y combatir, es necesario de momento que el Estado evite que el que es pobre y sufre todos los males que de la pobreza dimanan, se asocie en su desventura á una mísera mujer y cree hijos que hagan su miseria todavía más negra y dolorosa.

Stuart Mill, que sin embargo tenía de la libertad un concepto tan amplio y tan elevado, que creía en ella como en una diosa á la que es preciso respetar y venerar siempre, escribía las siguientes palabras (2): «No se quiere comprender que traer al

(1) Morselli y Ballet, *Le psicosi* en el *Trattato di medicina* de Charcot, entrega 102, pág. 465. Turín, 1895.

(2) J. Stuart Mill, *La libertà* (trad. de Marsias), página 158. Turín, 1865.

mundo un sér humano sin la seguridad fundada de poder, no solamente mantenerle, sino también educarle é instruirle, es un delito moral contra la sociedad y contra la infeliz criatura, y que si los padres no cumplen esta obligación, el Estado debería suplir á ella, á costa, cuando fuese posible, de los padres mismos.» Y á Stuart Mill hace eco Spencer (1), cuyas hermosas palabras es oportuno copiar: «Es evidente que, al aceptar responsabilidades domésticas cuando no se tienen serias probabilidades de poder librarse de ellas, se comete una injusticia particularmente con los hijos y de rechazo con la raza. Habida consideración á los tristes resultados, es casi un delito tomar una resolución de la cual saldrá una familia condenada á la pobreza, y en la que los hijos apenas tendrán de qué comer y con qué vestirse. Después de largos años de angustias, de sufrimientos, de frío, de hambre, soportados por los padres y por la prole, sólo un corto número de hijos llega á la mayor edad, pero habrán llegado mal, incapaces de los esfuerzos necesarios para bastarse á sí mismos. Es manifiesto que así únicamente se habrán producido seres que constituirán una carga para sí mismos y para la colectividad.»

Stuart Mill y Spencer exageran ciertamente cuando llaman delincuentes á aquellos ignorantes y miserables padres á quienes será difícil poder convencerse por sí mismos de que no les está permitido lo que es lícito á otros que les es negado, lo que para tantas personas constituye una alegría y un consuelo. La sociedad sí que es verdaderamente culpable, la sociedad que debería promulgar leyes prohibitivas, restrictivas, y ahorrar al mundo tantos infelices y tantas miserias.

«La opinión corriente (hacemos nuestras estas

(1) Spencer, ob. cit., pág. 232.

palabras de Stuart Mill) (1) que tan fácilmente se acomoda á violaciones enormes y efectivas de la independencia individual en casos que sólo nos conciernen á nosotros mismos, rechaza con horror toda tentativa para poner freno á los matrimonios, aun cuando sea claro que, dejándolos completamente libres, se condena á muchos seres humanos á una vida de depravación y de miseria, que no puede menos de perjudicar también, indirectamente, á toda la sociedad.» Y puesto que es igualmente nocivo y peligroso para la sociedad poner en el mundo demasiados hijos sin tener medios más que para educar convenientemente á alguno, ni una vez contraído el matrimonio puede intervenir el legislador para limitar la procreación, tanto más necesaria se presenta, si bien ciertamente dolorosa, una prohibición del matrimonio que tome en consideración las condiciones económicas.

Rumelin quisiera (2) que la ley exigiese de parte de todo el que pretendiese casarse antes de la edad de treinta años, la justificación que ofrezca con sus ahorros, su patrimonio ó sus buenas costumbres, de alguna garantía de que podrá y sabrá mantener á su familia. Fornasari di Verce (3) quiere que el padre ó quien sea por él pueda oponerse al matrimonio cuando los esposos estén desprovistos de medios de subsistencia. Por nuestra parte, sin la limitación de los treinta años pedida por Rumelin, sin la obligación de que la oposición provenga de los padres, creemos que hay el deber de prohibir el matrimonio cuando las condiciones económicas de los esposos sean insuficientes para el manteni-

---

(1) Stuart Mill, ob. cit., pág. 163.
(2) Rumelin, *Problèmes d'économie politique et de statistique*, pág. 332. París, 1896.
(3) Fornasari di Verce, ob. y lug. cit.

miento de la familia, y también cuando la inmoralidad de la conducta, los vicios, permitan augurar una pésima educación para los hijos.

Después, una vez celebrado el matrimonio, para proteger la existencia de las criaturas, para que nunca hayan de sufrir daños injustos, dolores que hagan su vida peligrosa y difícil, es preciso que la ley tutele el organismo humano hasta dentro de las entrañas de la madre.

Nota Kraepelin (1) que durante la preñez las turbaciones del ánimo pueden á veces inducir en los hijos la tendencia á desórdenes psicopáticos, y Marro refiere á la vida intra-uterina la mayor parte de las anomalías que presentan los malhechores. Por esto es necesario que se prodiguen á la mujer preñada toda clase de cuidados, de atenciones, de modo que su vida se deslice durante aquel período tranquilamente y sin trastorno alguno que pueda perjudicar su salud.

Pasando ahora al otro grave problema de la educación de los hijos, problema que se conexiona con la cuestión de la patria potestad, todo el mundo comprende inmediatamente que la educación contribuye, casi en el mismo grado que la herencia, á formar el individuo, que será social ó antisocial, podrá llamarse más ó menos feliz, según los métodos educativos á que ha estado sometido, según la instrucción que ha recibido. Sin embargo, hoy se desprecia en absoluto una importante rama de la educación: la educación fisiológica. Para nada cuida el que debería hacerlo, de lo que se relaciona con la higiene y la robustez del cuerpo, de donde que por esta parte haya algo de verdad en la arrogante frase de Stendhal: «Nuestros padres y nuestros

(1) Kraepelin, ob. cit., pág. 77.

maestros son nuestros enemigos naturales cuando entramos en el mundo».

¡Fenómeno verdaderamente extraño el que ocurre en nuestra sociedad! Se cree que para ejercer una profesión, como la de curar á los enfermos ó defender á los acusados, es necesario probar cierta instrucción y alguna habilidad, y después se reconoce á un vagabundo, á un borracho, á un degenerado cualquiera, el derecho y la capacidad de cuidar del desenvolvimiento de un cuerpo pequeño y de un espíritu pequeño, para que un día puedan llegar á ser el organismo sano y robusto de un trabajador fuerte, el cerebro equilibrado y normal de un buen ciudadano. Es evidente que, en la mejor de todas las hipótesis, tales padres procrearán, como el dios de la fábula, seres semejantes á ellos.

En nuestra sociedad contemporánea hay individuos que no pueden dar educación á sus hijos por hechos independientes de su voluntad y de sus deseos, é individuos que no la dan por inmoralidad, por maldad, por ignorancia. En el primer caso, es evidente que se necesitan escuelas, instituciones en que los hijos de padres que están ocupados durante todo el día, puedan recibir la educación y la instrucción que son necesarias á todo ciudadano, á semejanza de lo que se practica hoy en el principado de Hesse (1); en el segundo caso, el problema es más grave y exige medidas más radicales.

Como dice Mosso muy bien, deben redoblarse los cuidados para con los hijos de personas que tienen alguna parte flaca, una ligera melladura en el carácter, una pequeña mancha en el organismo. Ahora bien, ¿qué sucederá con aquellos niños que, ya en malas condiciones orgánicas por la herencia, tienen

(1) Véase Ferriani, *Minorenni delinquenti*, págs. 528 y siguientes. Milán, 1895.

la poca fortuna de vivir en un ambiente viciado en el que, en lugar de oposición, aquellas malas condiciones encuentran fomento y desarrollo? Los padres que viven en la depravación, en el vicio, en el delito, no tienen sobre los hijos derechos de clase alguna, no pueden ni deben por consiguiente tenerlos cerca de sí, pues ellos forjan con el ejemplo del mal, la cadena que tarde ó temprano ha de arrastrarles al abismo.

Y no se nos diga que el padre tiene derechos sobre los hijos por ley de naturaleza, que la gran institución de la patria potestad descansa en fundamentos naturales, en bases jurídicas inconmovibles. Pretender que los padres tengan una especie de propiedad natural sobre los hijos, que los hijos sean una pertenencia de la madre que los ha parido y del padre que los ha engendrado, es una suposición vulgar y necia. Apenas sale el infante de la vida intra-uterina (y bajo ciertos respectos, hasta cuando se encuentra en el claustro materno), es un miembro de la sociedad, se le ha de considerar como un ser que tiene una individualidad completamente distinta de la de sus padres.

Nuestra sociedad, que tiene una base familiar, confía á los padres la custodia, la vigilancia y la primera educación de los hijos, presumiendo que los padres son las personas más adecuadas. Esta presunción no resulta después verdad, ya que en la mayor parte de los casos, si no faltan por parte de los padres el amor, la ternura, faltan aquellos conocimientos, aquella inteligencia, aquella conciencia que son necesarias para una buena educación. Y aun prescindiendo de esto y admitiendo en el momento actual como justo por ser necesario el principio de que la educación de los hijos sea confiada á los padres, lo cierto es que la sociedad ha de vigilar esta educación, puesto que la patria potestad no

deriva de leyes de la naturaleza, del nacimiento ó de la sangre, sino de la voluntad de los coasociados.

Así pues, cada vez que la presunción de una buena educación contraste con la realidad y se sepa que el padre trata con ferocidad á sus hijos ó que con su tenor de vida favorece su corrupción, la sociedad ejerce un derecho suyo, cumple hasta un deber, si separa á los hijos de la vigilancia de un padre licencioso y brutal.

Tal es el concepto que en América se tiene de la patria potestad. Allí los tribunales *(courts of chanhery)* ejercen la jurisdicción de quitar á los padres la custodia del hijo sin consideración á sus derechos, pensando solamente en el bienestar de los hijos y en colocarlos donde puedan recibir buena educación y cuidados paternales. En el Massachusetts, una ley, en vigor desde hace mucho tiempo, prescribe que los *selectmens* de las ciudades de más de 5,000 habitantes elijan personas encargadas de denunciar á los tribunales los casos de niños que por descuido, conducta criminal, embriaguez habitual ú otros vicios, crezcan sin educación y estén expuestos á una vida ociosa y disoluta. Una ley del Estado de Nueva-York, promulgada en 1886, confiere á los miembros de la Sociedad protectora de los niños el derecho de perseguir á los padres criminales y convertirse en tutores de los hijos. El resultado de tales medidas es óptimo: aunque en los últimos diez años la población haya más que doblado y la cifra de los detenidos haya aumentado en el 8 y $^1/_2$ por 100, el número de los niños detenidos bajó al año de 1,000 á 300, y en las mismas proporciones disminuyeron las detenciones por delitos juveniles (1).

---

(1) Véase sobre esta materia la *North American Review* de Septiembre 1890.

En vista de esto, ¿por qué no hemos de decir que la sociedad es rea de negligencia, de descuido, de impericia, y que por consiguiente comete delitos de culpa cuando no se ocupa en semejantes hechos, cuando deja tranquilamente que los niños ladrones continúen siendo mil cuando podrían ser trescientos solamente?

Entre nosotros, nada se ha hecho ó intentado hasta ahora. Hay en nuestro viejo Código civil un artículo, el 233, según el cual «si el padre abusa de la patria potestad *violando ó descuidando sus deberes* ó administrando mal el patrimonio del hijo, el tribunal, á instancia de alguno de los parientes más cercanos ó hasta del Ministerio fiscal, podrá proveer al nombramiento de un tutor para las personas de los hijos ó de un curador para sus bienes, privar al padre del usufructo en toda ó en parte, y dictar aquellas otras medidas que estime convenientes en interés del hijo»; pero este artículo no se refiere en modo alguno á los daños que el padre ó la madre pueden causar en el organismo, en la inteligencia, en la moralidad de los hijos: mira solamente el patrimonio económico. El dinero importa algo, todo lo demás nada significa y el legislador no se ocupa en ello.

Convendría, pues, que se ejerciese una rigurosa vigilancia sobre los padres sospechosos, que se recurriese con frecuencia á la privación de la patria potestad para no hacer desventuradas y peligrosas á tantas criaturas inocentes, como por lo demás sería menester dar acogida al divorcio para no hacer sufrir daños injustos á pobres mujeres, á maridos engañados.

Nos abstenemos de enumerar muchas otras reformas, y por lo demás, la enumeración resultaría siempre incompleta. Basta sin embargo recordar que las reformas particulares en que hemos insistido, si

no pueden por sí solas conseguir las ventajas que la ciencia tiene el derecho de esperar y obtener con el tiempo, lograrían por el momento disminuir la degeneración, el vicio, el delito.

Puesto que estamos hablando de la patria potestad, es oportuno recordar aquí que la nave de la gran institución familiar es vieja, destartalada y no puede repararse. Por una parte (ya lo hemos visto) padres que aun cuando quisiesen, no podrían prestar nunca los cuidados oportunos y necesarios para el desarrollo del cuerpo y del espíritu de sus hijos; de otra, maridos que al casarse creen adquirir sobre la mujer un *ius utendi et abutendi* tal como hoy apenas se adquiere sobre un trozo de tierra, y jóvenes que van al altar para asegurarse el pan y el hogar que de otro modo pueden llegar á faltarles algún día.

Dentro siempre del problema de la educación, y para demostrar mucho mejor que con el régimen familiar hoy imperante es casi imposible que los padres sean sabios educadores, basta recordar el siguiente pensamiento de Kraepelin (1): «Si por defecto psíquico originario falta á los padres un grado suficiente de capacidad intelectual, es raro que sepan mantener el justo medio entre una rígida pedantería y una excesiva indulgencia, hecho que no puede menos de producir un grave y persistente daño en el desenvolvimiento del carácter de toda persona joven que no posea una buena organización mental.» Y otro valioso psiquiatra, Bonfigli (2), escribe que al pedagogo se le podrá abandonar completamente el niño normal, que no presenta anomalías morbosas ni estigmas hereditarios, pero que los que las presentan han de ser confiados al alienista, y

(1) Kraepelin, ob. cit., pág. 200.

(2) Bonfigli, *De' fattori sociali della pazzia in rapporto con l' educazione infantile*, págs. 10-11. Roma, 1894.

añade que la educación física que no cuide el desenvolvimiento normal del organismo infantil, y no se atenga en esto á los preceptos higiénicos y dietéticos que la favorecen, es una educación que prepara indirectamente para la locura.

Ahora bien, ¿será posible que el padre reconozca sus propias enfermedades ó debilidades intelectuales? ¿Podrá comprender por sí mismo que el niño ha de ser confiado al pedagogo ó bien al alienista para que éste pueda someterle á la educación física que en ciertos casos sería necesaria?

Evidentemente, todo esto no podrá conseguirse hasta que la educación llegue á ser colectiva.

Pero, de todos modos, puesto que el legislador no ha de proveer á una sociedad futura, mejorada y progresada, sino á la sociedad tal cual es hoy, y ha de tratar de dictar disposiciones que favorezcan á la humanidad, nosotros decimos que, en el momento presente, se presentan como reformas necesarias una limitación de los matrimonios y una restricción de la patria potestad.

Ante esta proposición, así como una vez se preguntó á los positivistas qué relación podía existir entre la pérdida de toda tendencia criminal en una mujer y la extirpación de los ovarios, ó la relación que había entre las enfermedades nerviosas y el régimen económico (1), seguramente se nos preguntará qué influencia pueden ejercer las limitaciones al acto generativo en el delito de culpa, qué relación puede ligar la patria potestad y los delitos involuntarios.

Nosotros responderemos que cuando con la frase «delito de culpa» deba entenderse, como hemos de-

---

(1) Véanse estas objeciones oportunamente recordadas y agudamente recogidas por Ferri, *Discordie positive sul socialismo*, pág. 52-53. Palermo, 1895.

mostrado, todo daño injustamente sufrido que tiene por causa la imprudencia, impericia ó negligencia de un particular ó de una colectividad más ó menos extensa, podremos sostener que una educación insuficiente ó falsa, una paralización en el desarrollo del niño, son daños injustos, y nadie puede poner en tela de juicio que dependen de la negligencia de la sociedad, la cual podía, á quererlo, poner remedio en ello. Y mucho mejor podrá comprobarse y levantarse acta de lo culpables que son esta imprudencia, esta ignorancia, esta negligencia de los legisladores y de los gobernantes, si se piensa en todas las consecuencias que de esta educación insuficiente ó inadecuada pueden resultar, por un lado al individuo, que á cada paso encontrará escollos y obstáculos en su fatigoso camino, y por otro á la colectividad, que de este modo tendrá un débil más que proteger y apoyar.

Por lo demás, la idea de semejante responsabilidad no es, como muchos podrían creer, extraña al derecho penal, tal como lo entendieron los criminalistas clásicos y los que á éstos precedieron.

Muyart de Vouglans (1), que fué en sus tiempos un jurista célebre, especialmente por sus acerbas críticas al libro de Beccaria, llama culpa en general á todo daño que se ocasiona á otro sin designio formal de perjudicarle, y solamente por no haber hecho lo que se debía ó por haber hecho lo que no se debía hacer. Dando después ejemplos de las varias especies de delito de culpa, habla de una culpa por exceso de conmiseración, culpa esta en que caen los padres y las madres, cuya excesiva indulgencia arrastra á los hijos al delito, á la degeneración, y favorece de este modo su libertinaje.

---

(1) Muyart de Vouglans. *Le leggi criminali nel loro ordine naturale.* Versión italiana, t. I, pág. 85. Milán, 1813.

Ahora bien, si la excesiva conmiseración de un padre ó de un pariente puede ser una culpa en el sentido jurídico, ¿por qué no habrá de considerarse como culpa la indiferencia egoísta, el descuido, la negligencia de la sociedad, del Estado, que semejante á un padre amoroso habría de proteger á todos los ciudadanos é iniciarles en el camino recto?

Cuanto hemos dicho en el presente capítulo, nos demuestra que un régimen económico más ordenado y más lógico, y á falta de éste un Estado y un gobierno que se preocupasen de las condiciones fisiológicas y psíquicas del individuo, del ambiente, de la organización en que vive, serían también factores importantes para la disminución del delito doloso.

Con efecto, también este delito, ya se presente en forma de hurto ó en la de homicidio, está determinado en parte por factores sociales que en ciertos casos especiales, en circunstancias determinadas, hasta obran casi exclusivamente. Ahora bien, entre estos factores sociales, sea la miseria que obliga al obrero sin trabajo á robar, sean los mil prejuicios que impelen al marido á matar á la mujer á la que la ley le une con un vínculo indisoluble y eterno, entran siempre la negligencia y la ignorancia del Estado, que ora no ha sabido dar trabajo al que lo buscaba y pedía, ora no ha ampliado la benéfica institución del divorcio, por la que á la división de las almas podría seguir la división completa y total de los cuerpos.

Puede decirse pues que en todo delito voluntario del individuo hay el delito involuntario de la colectividad. Para excusar al delincuente, podría afirmarse que contribuyen siempre á su maldad, por lo menos en alguna parte, la incuria y la ignorancia de los demás. Es preciso, pues, combatirlas por todas partes, con todos los medios, en aquello que puede la sociedad actual, y creemos haber indicado

los métodos que por el momento son á la vez más radicales y más aceptables.

Nuevamente se gritará, en especial por lo tocante á las limitaciones y restricciones que pedimos para el derecho á la procreación y á la educación, que lesionamos derechos sacrosantos, que destruimos la libertad del hombre y que llegamos adonde pocos, y en el campo jurídico ninguno, se habían atrevido á llegar.

No vamos á repetir aquí nuestra defensa, ni el concepto que nos hemos formado de la libertad; únicamente haremos nuestras á este propósito las siguientes melancólicas y magníficas palabras que Stuart Mill (1) escribía defendiendo precisamente limitaciones legales al matrimonio de los pobres: «Cuando se piensa en la gran importancia que los hombres atribuyen en algún caso á la libertad, y en el extraño desprecio en que dan muestras de tenerla en algún otro, casi podría creerse que un individuo tiene el derecho de perjudicar á los demás y no el de hacer lo que le place si no perjudica á nadie».

Es verdad, como escribe también Frank (2), que la sociedad no tiene el derecho de pedir cuentas de lo que hacemos por ella ó de lo que hacemos contra nosotros, pero es necesario meditar bien cuáles son las acciones que ejecutamos *solamente* contra nosotros. El hombre no vive nunca aislado, y con frecuencia, podría decirse siempre, cuando obra contra sí obra contra los demás, contra la sociedad. Entonces, la sociedad tiene la obligación de intervenir, porque está lesionado aquel principio elemental de justicia que sanciona que ningún individuo ha de soportar un daño injusto.

---

(1) Stuart Mill, ob. cit., pág. 163.
(2) Frank, *Philosophie du droit penal*, 2.ª edición, pág. 98.—Paris, 1880.

Las medidas que nosotros proponemos, parten precisamente de la siguiente idea: tender á la formación de una raza más equilibrada, más educada, más civilizada, y por consiguiente, á la constitución de una sociedad en la que el delito, sea doloso sea de culpa, no será, según la expresión de Enrique Ferri (1), más que una rara excepción patológica.

(1) Ferri, *Leçon d'ouverture.* Bruselas, 1895.

CAPÍTULO IX

APLICACIONES JURÍDICAS

Una teoría demuestra su superioridad sobre las otras cuando presenta una base científica, y cuando por medio de la resolución de los casos prácticos á que viene obligada, simplifica las cuestiones y las decide claramente sin necesidad de distinciones alambicadas ni de sutilezas metafísicas.

Pero si la base científica es una cosa discutible é incierta, cuando nos encontramos frente á adversarios que por temperamento, por necesidad de su organismo, tienen principios opuestos á los que defendemos nosotros, la simplificación en el plantear y resolver las varias cuestiones jurídicas que se conexionan con la teoría, es un hecho evidente, innegable, sobre el cual nadie que juzgue desapasionadamente puede hacer objeciones de clase alguna.

Por esto, si al ir ahora á considerar los problemas jurídicos más importantes que origina la teoría de la culpa, podemos ofrecer en breves palabras criterios claros y positivos allí donde se ha derramado tanta tinta, habremos presentado la prueba más evidente y persuasiva de la verdad y de la base científica de los principios que defendemos.

Lo que ya hemos dicho nos ha allanado el camino

para la resolución de varios problemas; por tanto, no haremos más que indicar los criterios directivos, sin desenvolver todas las consecuencias posibles que de ellos se derivan.

Empezando por la cuestión referente á la tentativa en el delito de culpa, hemos de recordar inmediatamente que ya al hablar del daño hemos hecho notar que este elemento no es requisito esencial del hecho culpable, como para nada es elemento necesario en el delito doloso. Es evidente que encontrándose la culpa en una categoría de acciones que en general representan una temibilidad menor cuando falte el daño, muchas veces faltará la razón de la temibilidad ó, por mejor decir, no podremos apoderarnos de la temibilidad y no podrá ser comprobada; pero no siempre faltará, por defecto del daño privado, el peligro para la sociedad, no siempre podrá prescindirse de tomar providencias que son necesarias para la defensa social. Podremos decir, pues, conservando una terminología técnica, vieja por lo demás é inútil, que tenemos tentativa hasta en los delitos de culpa.

En los delitos dolosos, la figura de la tentativa queda integrada cuando el daño que fatalmente había de producirse, dada la intención del agente, no se consuma por circunstancias independientes de su voluntad. En los de culpa, tendremos tentativa cuando el daño que la imprudencia ó la impericia habían de ocasionar necesariamente, no se produce por un accidente extraño á la intención del agente. El mal no se ha consumado, pero por efecto de la imprudencia, de la impericia, podría deplorarse; el individuo se manifiesta, por tanto, bajo un cierto aspecto, como temible, y por esto á su acción ha de responder la reacción social.

Por lo demás, esta idea de una especie de tentativa en el delito de culpa, encaja en la doctrina y

en la legislación, en las cuales tal principio es expresado y afirmado, aunque inconcientemente, de un modo evidente.

Empezando por un insigne civilista, Chironi, he aquí lo que escribe en su *Culpa extracontractual* (1): «Que el hecho haya ó no producido daño, se tiene siempre en ello una cosa extraña á la entidad del cuasi-delito, que en general da lugar á la responsabilidad: se entiende que, sin daño, ésta falta, pero esto no es un argumento suficiente para confundir dos tiempos, dos períodos que deben permanecer distintos si no se quiere se desvirtúe su construcción jurídica. Uno de los períodos lo da el cuasi-delito, que se cierra con la responsabilidad, la cual da después origen al segundo, que se cierra con el resarcimiento, y este tan sólo tiene efecto cuando está probada la existencia del daño.» Y hablando Chironi de la hipótesis en que el ofendido, establecida la violación culpable de su derecho, pida la liquidación del daño, pregunta muy á propósito: «Si se dice ser condición esencial del cuasi-delito el daño, ¿cómo puede afirmarse directamente, respecto de la prueba, que basta la genérica y por tanto la mera posibilidad del daño producido? Si el daño entra en la esencia del cuasi-delito, no basta verdaderamente esta posibilidad; quiere ser realidad efectiva.»

Los argumentos aducidos por Chironi no tienden directamente á demostrar que en el delito de culpa puede muy bien presentarse la tentativa, pero ciertamente favorecen nuestra tesis en cuanto con aquellos argumentos quiere demostrarse que nada importa el elemento del daño para la esencia del cuasidelito. Si pues el daño no es un factor necesario

(1) G. P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, («Colpa extra-contrattuale»), vol. II, núm. 402. Turín. 1887.

para constituir el cuasi-delito, es decir, el delito de culpa, si más bien ha de decirse que el cuasi-delito puede existir aun faltando el daño, lógicamente habremos de concluir de esto que hasta los delitos de culpa no acompañados del daño pueden ser punibles. En efecto, una acción ilícita puede ciertamente ser castigada por la ley; la acción ilícita, es decir, el cuasi-delito, se lleva á cabo aun faltando el daño; por lo tanto, podrán castigarse los hechos culpables hasta en el caso de que el daño no se haya producido.

En el campo del derecho penal, Haus, por ejemplo, declara (1) que la regla según la cual la culpa no es punible si no deriva de ella la lesión de un derecho, está lejos de ser absoluta. «Cuando se trata de infracciones á las leyes y á los reglamentos especiales, añade Haus, la culpa es generalmente castigada, aun cuando no haya producido consecuencias desagradables.»

Carrara naturalmente niega la posibilidad de la tentativa en el delito de culpa. «Si la culpa, escribe, tiene su esencia moral en la *falta de previsión* del efecto procurado con la acción propia; si el conato tiene su esencia moral en la previsión de un efecto no obtenido y en la voluntad de obtenerlo, hay entre la culpa y el conato repugnancia de términos: imaginar *un atentado culpable* es lo mismo que soñar un monstruo lógico» (2). Sin embargo, aun cuando Ca-

---

(1) J. F. Haus. *Principi generali di diritto penale belgico* (versión italiana), vol. I, párr. 304. Nápoles, 1874.

(2) F. Carrara, *Programma*. Parte general, párrafo 366. Carrara cita por nota la opinión de Winssinger y de Bellèvre, que encuentran la tentativa de homicidio culpable en el hecho de arrojar por una ventana una piedra que no ha causado daño; «porque el público puede creer que aquel acto imprudente y no perjudicial ha sido ejecutado con ánimo de dañar, y dudar por tanto de su seguridad». Carrara encuentra peregrinos tales

rrara llega á hablar de monstruo lógico, viene después á reconocer implícitamente la posibilidad de la tentativa en los delitos de culpa. He aquí lo que escribía el eximio jurista (1): «En los delitos de culpa, *se imputa el acto imprudente, positivo ó negativo*, que tenía el poder de ocasionar más ó menos mediatamente el acontecimiento dañoso. *Este hecho imprudente* SE IMPUTA Á VECES POR SÍ MISMO, AUNQUE NO VAYA SEGUIDO DEL ACAECIMIENTO, y he aquí la contravención de policía, creada precisamente con la mira de evitar un peligro tenido como consecuencia posible del hecho, que si después se produce, el siniestro, ya no se imputará aquel hecho imprudente como contravención, sino como delito de culpa definido por las resultancias dañosas que de él fueron causa.»

Así pues, el hecho imprudente *se imputa á veces por sí mismo, aunque no haya sido seguido del acaecimiento*, como por lo demás sucede con el hecho intencionalmente malvado. Escribe Carrara que cuando el acontecimiento no se ha realizado en el hecho culpable, estamos en frente de una contravención de policía; no hay duda, sin embargo, de que esta especial contravención no sea una tentativa de delito de culpa, que no tenga los caracteres y los requisitos de la tentativa.

El mismo Carrara lo confiesa cuando escribe: «En los delitos de culpa, se imputa el acto imprudente que tenía el poder de ocasionar el acontecimiento dañoso.» Así pues, según las palabras del maestro de la escuela clásica, en los delitos de culpa no te-

---

argumentos y tiene razón. Lo importante, sin embargo, estaría en hacer ver que, faltando el daño, se atenúan la imprudencia, la impericia *punibles*, y esto tampoco lo habría conseguido Carrara.

(1) F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, pág. 23 y siguientes.

nemos imputación del acontecimiento ocurrido, del daño irrogado, sino imputación del acto imprudente, y por ello, vaya ó no seguido del acontecimiento, ese acto es imputable, da lugar á la responsabilidad, con la sola diferencia de que cuando el daño no se ha producido, estamos frente á la figura jurídica de la tentativa; cuando ha ocurrido el daño, frente á la del delito consumado (1).

Llegando, para no hablar de otros, á Mosca (2), que nos ha dado una buena monografía sobre los delitos de culpa, aun no admitiendo la tentativa escribe que «si se quiere la acción ú omisión precedente sin el daño que es capaz de producir, entonces el delito es de culpa ó contravención, ó sea transgresión en sentido lato, la cual se divide en transgresión culpable si el efecto temido se ha producido, y en transgresión de policía (contravención) si ese efecto no se ha verificado.» De modo que, para Mosca, la contravención solamente difiere de la transgresión culpable en una cosa: en aquélla, el efecto temido no se ha producido, mientras que en

---

(1) A pesar de todo esto, la posibilidad de la tentativa es negada por clásicos y positivistas. En cuanto á los clásicos, véase entre los más recientes Mossa, *Il tentativo*, pág. 89; Sassari, 1896, y Stoppato, ob. cit., páginas, 206, 251 y siguientes. Entre los positivistas, véase Campolongo (*Morti e lesioni nelle strade ferrate*, en *Scuola Positiva*, Mayo 1896), quien escribe: «Contrastando su esencia con el fin social y jurídico, la tentativa de delito de culpa no podía ser admitida en la ciencia» (*¿por qué?*) y Sighele (*La teorica positiva della complicità*, página 159. Turín, 1894), el cual dice: «El daño producido es el único elemento que eleva á delito el hecho de la imprudencia, de la negligencia.»

En un artículo aparecido en *Scuola positiva*, pág. 599, 1897, sostuve ya la posibilidad de la tentativa, en el delito de culpa.

(2) Mosca, *Nuove dottrine e nuovi studi sulla colpa*, etcétera, pág. 74. Roma, 1896.

ésta sí. Por lo tanto, podemos decir, hablando un lenguaje jurídico, que tenemos en la contravención una tentativa de delito de culpa.

Por lo demás, si examinamos nuestro Código penal encontraremos que, en ciertas contravenciones, se encarna claramente la figura de la tentativa de delito de culpa. Ciertamente, no estaba en lo justo Garbasso cuando parecía sostener que la imputabilidad política en materia de contravenciones había de buscarse siempre en la culpa (1), y no estaba en lo justo porque en muchas contravenciones previstas por el Código, es evidente el *animus nocendi*, el dolo, pero en muchas otras es fuerza reconocer que la punibilidad está establecida solamente por el peligro eventual que corre la coasociación á causa de la imprudencia ajena.

Así, en el art. 476 del Código penal italiano se castiga al que colocó un tiesto en la ventana si ha caído cerca de una persona sin tocarla: pues bien, es preciso admitir en este caso que si se castiga es únicamente porque de un lado existe un peligro que se ha corrido, porque de otro se ha revelado una falta de civilización, que dadas nuestras costumbres, dadas nuestras ideas relativamente á las limitaciones que el individuo debe soportar en la coasociación, se presenta como peligrosa y punible.

De igual modo, el art. 471, que castiga á todo aquel que haya intervenido en el diseño ó en la construcción de un edificio si éste se arruina por impericia sin crear un peligro para la seguridad ajena; el art. 473, que castiga á todo el que deja de colocar las señales y las defensas prescritas cuando de esta omisión no derive daño; y el art. 475 que castiga á todo el que tira á un lugar de tránsito pú-

(1) Garbasso, *Teorica delle contravvenzioni*, páginas 17 y 20. Casale, 1890.

blico cosas propias para ensuciar á las personas, sin mirar si el ensuciamiento ha llegado á tener efecto, prevén una culpa no acompañada del daño, son otras tantas figuras de tentativas de delitos de culpa.

Sin llegar á un examen detallado de otras contravenciones, debemos decir que en casi todas las agrupadas en el título segundo como «contravenciones concernientes á la incolumidad pública», se encuentran una imprudencia, una negligencia, una impericia, que el legislador ha juzgado punibles, hasta cuando no dan origen á ningún mal privado (1).

Por último, tampoco en casos criminosos concretos que nuestra ley prevé como verdaderos delitos, es difícil encontrar la figura de la tentativa del delito de culpa.

El art. 311 del Código penal castiga á todo el que por imprudencia, negligencia ó impericia, ocasiona un incendio, una explosión, una inundación, una sumersión ó un naufragio, una ruina ú otra catástrofe de peligro común, hasta cuando del hecho no resulta la muerte de nadie, ni siquiera un peligro para la vida de las personas; y el art. 314 castiga como reo de delito á todo el que por imprudencia, etc., hace surgir el peligro de una catástrofe en los caminos de hierro, aun en el caso de que el desastre no llegue á tener efecto.

En estos casos, es innegable que el Código eleva á delitos hechos en los cuales la imprudencia ó la impericia no van acompañadas del daño, y los consi-

---

(1) Y de igual modo, todas las ordenanzas municipales relativas á vehículos, velocípedos, calderas, máquinas, etc., ordenanzas que cada día crean nuevas contravenciones, no hacen otra cosa que castigar *tentativas* de delitos de culpa con el medio más seguro y eficaz: la multa.

dera como delitos por la única razón de que revelan la temibilidad del agente (1).

Sin embargo, en hipótesis de mucha mayor importancia, la imprudencia, la negligencia y la impericia se presentan amenazadoras sin que el ilógico legislador las declare punibles.

En otra ocasión hemos presentado el caso del médico que equivoca la receta sin que se produzca daño alguno. porque el farmacéutico advierte á tiempo el error; del cochero que atropella á un transeunte que sale ileso por milagro de las ruedas y de las patas de los caballos. Recordemos ahora otras hipótesis de tentativa de delito de culpa.

Puede por ejemplo haber ocurrido en una fábrica la explosión de una máquina por culpa evidente del fabricante; sin embargo, este hecho culpable puede no haber ocasionado daño alguno á los operarios por haber ocurrido la explosión en las horas de descanso, cuando estaban lejos de la fábrica. Y la negligencia puede ser más palpable aún: podemos encontrarnos frente á la culpa que los latinos llamaban *luxuria* y los alemanes califican con el adjetivo *benuste*. Dos individuos juegan á la orilla de un río que lleva bastante agua y cuya corriente es bastante impetuosa. Empiezan á discutir sobre el tiempo, sobre la práctica que se requieren para aprender á nadar, y uno de ellos, asegurando imprudentemente

(1) Marchetti advierte esto y escribe, lógicamente según los principios de la escuela clásica: «En materia de delitos de culpa, si no ha seguido el acontecimiento, aunque una persona determinada haya corrido un peligro, la figura del delito no es concebible por sí y solo puede imaginarse en algunos casos la de la contravención. Asi como en el delito de culpa no puede darse tentativa, no es lógico poner en su lugar un delito *sui generis*, que, faltando el acontecimiento, nada puede conservar de las características del delito». *Trattato delle contravenzioni*, en el *Trattato di diritto penale* de Cogliolo, pág. 5176.

al otro que aprenderá á nadar en el acto, y que de todos modos él, hábil nadador, sabrá salvarle, lo coge y no obstante sus reiteradas protestas lo echa al agua. La corriente arrastra enseguida al infortunado lejos de la orilla, su compañero no tiene valor para lanzarse en su auxilio, por lo cual se hubiera ahogado con seguridad si un barquero que de lejos ha visto el peligro, no acude velozmente y le salva.

En todas estas hipótesis imaginadas, aparece claramente la temibilidad de los agentes y el peligro para la co-asociación, y sin embargo, en ninguna de estas hipótesis interviene y conmina sanciones el legislador que considera temible al que desde un terrado tira alguna materia que puede ensuciar.

Por tanto, ya que hasta en los delitos de culpa puede existir la temibilidad sin daño y puesto que, por otra parte, es imposible la enumeración pedida por Mosca (1) de todas las transgresiones de policía á que puede dar lugar la culpa sin daño, es necesario admitir también en los delitos de culpa la figura de la tentativa para que pueda conminarse una justa penalidad á tantos individuos imprudentes, negligentes, imperitos, á tantas personas temibles de las que injusta é ilógicamente no se preocupa nuestro Código.

De esta manera volveremos á afirmar, de un modo explícito y lógico, que no se ha de considerar el delito, sino el criminal; que no se debe castigar el hecho objetivamente, sino tener en consideración el sujeto, la persona que revela su propia temibilidad. Miremos al individuo peligroso y defendámonos contra éste. Ciertamente que el peligro será distinto

(1) Mosca, ob. cit., pág. 82. Mosca no hace la proposición de un modo explícito, pero bien puede decirse que es una consecuencia espontánea y lógica de sus afirmaciones.

según derive de maldad ó de negligencia y la reacción habrá de ejercerse por tanto de diferente manera; pero la temibilidad por negligencia ó impericia no puede desaparecer por el hecho de que un caso fortuito ha impedido la consumación del daño, como no puede desaparecer la temibilidad del vulgar homicida sólo por el hecho de desviarse los proyectiles y no herir á la victima.

Tampoco es óbice recordar que en la tentativa del delito de culpa no podrá hablarse de *resarcimiento* porque éste está ligado indisolublemente á una lesión de derecho privado, sin la cual no puede existir. Las multas que podrán imponerse al culpable en el caso de tentativa, irán á aumentar aquella Caja para las víctimas del caso fortuito que en todo Estado civilizado debería indemnizar á los que han sido injustamente lesionados en sus derechos, en sus intereses.

Pasemos ahora á discutir si en los delitos de culpa debe responderse hasta de la culpa levísima.

Los autores están casi acordes en sostener que, á los efectos penales, no puede hablarse de culpa levísima (1). Los civilistas están divididos en dos campos: quieren algunos, entre ellos Chironi (2), que en materia extra-contractual se responda de la culpa levísima; otros, como Ferrini (3) y Mosca (4), sostienen que sería enorme imponer una diligencia mayor que la ordinaria y que, por otra parte, la teoría de la culpa levísima contradice también los

---

(1) Véase entre otros Carrara, *Programma*. Parte general, párrs. 89 y 268: Parte especial, vol. I, parrs. 1096 y 1097, y Masini, *La colpa nel diritto penale*, págs. 143-6. Pesaro 1890.

(2) Chironi, *Colpa extra-contrattuale*, vol. I, págs. 81-85 y siguientes. Turín, Bocca, 1887.

(3) Ferrini, ob. cit., en el *Digesto Italiano*, n.° 117-18

(4) Mosca, ob. cit., pág. 40 y siguientes.

precedentes históricos á que ellos doctamente recurren.

¿Cuál será nuestra opinión? La hemos manifestado implícitamente al hablar de las varias categorías de delitos de culpa y de los accidentes del trabajo.

Precisamente en materia de accidentes del trabajo, de catástrofes de ferrocarriles, se requiere la más exquisita diligencia, puesto que allí el peligro es inherente á la industria; es menester, por tanto, que el empresario tenga en cuenta todas aquellas medidas preventivas que no sólo son necesarias, sino oportunas para evitar é impedir desgracias. Así, por ejemplo, diremos que el patrono que no ha puesto barandilla en una escalera larga aunque poco practicada que hay en su taller, es responsable cuando los operarios, al huir espantados del trabajo temiendo una catástrofe, se precipiten por aquella escalera y se produzcan lesiones. Será inútil excusarse diciendo que la diligencia usual de un hombre no podía prever semejante cosa; responderemos que nunca son excesivas las precauciones cuando se marcha en un terreno que de un momento á otro puede faltar bajo los pies, cuando se trata de la salud, de la vida de tantas personas.

Igualmente consideraríamos responsable por culpa á la compañía de ferrocarriles que no hubiese provisto á las locomotoras de una cubierta fuerte y bien segura, cuando de un túnel pueden desprenderse materiales y lastimar al maquinista, y no serviría á nuestro juicio para disculpar á la compañía el hecho de que poco tiempo antes un ingeniero hubiese declarado el túnel segurísimo. Recordemos que en tales hipótesis la causa es siempre conciente, el hecho es siempre preveíble, ya que todo en la industria moderna puede ser causa de daño; y aquí están los accidentes de cada día para demostrar á

cuántas y cuántas causas diversas pueden referirse estos daños (1).

Por el contrario, cuando entramos en las otras categorías de delitos por culpa, esto es, en aquellos que se cometen por impericia, por un proceso defectuoso de asociación, por inconciencia, la culpa será medida con un criterio bien distinto.

En estos casos, sería absurdo llegar hasta la culpa levísima: no se la podría encontrar en la conducta de un médico solo porque su tratamiento no merece la aprobación de un colega. Para tener la punibilidad, es necesario que la impericia sea manifiesta; de otro modo, en todos los tratamientos podríamos encontrar la culpa. Y tampoco se podrá llamar á responder del daño que materialmente ha causado, al transeunte que resbalando casualmente en el hielo da en el escaparate de un comerciante y lo rompe, basándonos en la especiosa razón de que aquel pobre hombre podía haber evitado aquel trozo de hielo. Hasta el individuo más prudente, en el continuo torbellino de la vida cotidiana, puede omitir alguna cautela, puede por un momento mostrarse descuidado.

En estas hipótesis puede repetirse con mucha razón la enérgica frase de Puchta: «Por encima de la diligencia del hombre normal, no hay otra cosa que la diligencia del loco». Cuando se trata de accidentes y de catástrofes, estamos frente á empresarios y á industriales que para organizar su especulación disponen de un período de tiempo en el cual pueden prever las consecuencias luctuosas menos preveíbles y menos probables; pero en los casos

---

(1) Seguramente la Corte suprema de Baviera tenía presente todo esto cuando en una sentencia que ya hemos recordado decidió, exagerando un principio verdadero, que el ejercicio de la industria ferrocarrilera es necesariamente y en sí misma un hecho culpable. Véase Coviello, *La responsabilità senza colpa*, ya citada, pág. 13.

ahora recordados tenemos por el contrario personas que obran en hechos sencillos, que no salen para nada de lo usual, en hechos que por sí mismos no presentan un peligro, y en los cuales sería por tanto verdadera locura que el legislador exigiese una diligencia especialísima.

Cuanto más usual, mecánico y automático viene á ser el hecho para quien lo lleva á cabo, cuanto más disminuyen las razones de prever, de reflexionar, el período de reflexión de que dispone el agente, tanto más disminuye la temibilidad en el hecho culpable, de suerte que podremos haber probado un defecto en la cautela, en las precauciones, sin que pueda probarse después la temibilidad del agente.

Así llegamos al hecho inconciente del operario que puede dar lugar á un acontecimiento lamentable, á la lesión ó la muerte de alguien, hecho en el cual, considerando las cosas abstractamente, puede encontrarse una imprudencia, una falta de aquella diligencia que el hombre aplica á las operaciones ordinarias de la vida, pero que no pueden ser declaradas punibles si se consideran las exigencias del oficio á que está obligado el agente, y si se tienen presentes sus condiciones fisiológicas, intelectuales y económicas. Sólo reflexionando en todas estas circunstancias de una singular importancia, podremos resolver la cuestión de la culpa ligerísima. Lo cierto es sin embargo que algunas veces, para no ser jueces, más que severos, feroces, dejaremos impune hasta á algún individuo reo de una culpa que, considerada abstracta y objetivamente, podría llamarse *levis*.

No hay pues un criterio único para resolver la cuestión de la culpa levísima. Considerando cada uno de los casos especiales que pueden presentarse en esta cuestión, habremos de proceder con principios eminentemente relativos y prácticos.

Por lo que se refiere á la causa culpable mediata, habremos de considerar siempre, para resolver la cuestión con equidad, si en la secuela de las varias acciones que conducen al hecho luctuoso, hay alguna que pueda llamarse temible, que revele en suma la negligencia, la imprudencia, la impericia de una individualidad (1). Ahora bien, cuando esta temibilidad puede asegurarse y ponerse en evidencia, no será inútil, antes bien deberá llamarse de rigor, la investigación de otras causas temibles que pueden, precediendo á la última, haber cooperado á la consumación del hecho lamentable, y es absurdo y falso declarar, como lo hace Mosca (2), que en la hipótesis de culpa mediata, el nexo de causalidad queda roto al sobrevenir un nuevo hecho ilícito que es causa más próxima del daño ó de una parte de él, y concluir como regla general en favor de la irresponsabilidad del que ha dado origen á la causa culpable mediata.

Y puesto que Mosca es precisamente el que hace poco ha sostenido la irresponsabilidad de las causas culpables mediatas, oigamos las razones en que apoya su tesis.

«La razón de su irresponsabilidad, escribe Mosca (3), está en que los hechos culpables precedentes seguramente habrían continuado siendo inofensivos si no hubiese sobrevenido, para transmutarlos en concausas del daño, el hecho ilícito posterior de otros.»

---

(1) Carrara, entre otros, admite la punibilidad de la causa culpable mediata (*Programma*, Parte general, párr. 267), pero titubea en cuanto á las consecuencias á que puede llevar este principio, y dice que difícilmente podría extenderse tal punibilidad á actos puramente negativos ó á la hipótesis de una simple inacción.

(2) Mosca, ob. cit., págs. 97 y 177.

(3) Mosca, ob. cit., pág. 97.

Para hacer irresponsable la causa culpable mediata, Mosca quiere el hecho ilícito posterior de otros, de suerte que (no sabemos con cuánta lógica) en la hipótesis de que la causa mediata vaya seguida del caso fortuito ó de otro hecho in-imputable, ya no es irresponsable: debe ser castigada—hasta para Mosca (1) según veremos mejor enseguida—aunque por sí sola sea innocua.

En suma, el hecho ilícito debe castigarse según Mosca cuando va seguido del caso fortuito ó de otro hecho no imputable, puesto que, sin el hecho del culpable, lo fortuito no habría acontecido ó no habría resultado nocivo, y lo ilícito sólo viene á ser irresponsable cuando sobrevenga posteriormente lo ilícito de otro (2).

La injusticia y la falsedad de la teoría de Mosca quedan más que demostradas si se tiene presente el principio de la temibilidad. El hecho de que otra persona cometa una acción ilícita, no viene á quitar la imprudencia ó la impericia de que yo he dado pruebas con mi acción.

Pero además de la injusticia, hay en ella el absurdo, la incoherencia, que aparecen evidentes con los ejemplos.

---

(1) Mosca, ob. cit., pág. 23.

(2) Stoppato naturalmente va más allá que Mosca, y dice que no hay nexo verdadero de causalidad cuando se interpone una actividad nueva é independiente entre la energía impulsiva y el acontecimiento (ob. cit., pág. 93); pero, según lo acostumbrado, olvida en la aplicación la teoría clásica y se aferra al principio positivista. Con efecto, dice así en la pág. 98: «Si también yo hubiese sido ireflexivo, descuidado, negligente de un deber mío específico, y mi negligencia, mi falta de reflexión, mi descuido, llegan á ser dañosas por efecto de un hecho ajeno, he de responder de ellas, no como causa, sino solamente por haber dado ocasión y, por tanto, no en la vía represiva, sino en la vía reparadora». (*L'evento punibile*. Padua, 1898).

Dejo mi escopeta cargada apoyada en la pared, cae, y al dispararse causa la muerte de alguno que se encuentra en la estancia: aun para Mosca, yo debo responder de homicidio culpable.

Si, por el contrario, la escopeta cae porque otro ha tropezado en ella ó la ha tocado expresamente, mi responsabilidad desaparece según Mosca, porque hay una causa culpable inmediata sobre la cual hay que hacer converger toda la severidad de la ley. Pero, por favor, ¿en qué difieren mi negligencia y mi temibilidad en aquellos dos casos? Seguramente nadie puede decirlo, porque nadie lo sabe y verdaderamente no puede encontrarse una razón para juzgar diversamente los dos casos propuestos.

Mosca lleva ventaja cuando dice que remontándose á la causa culpable primera, no se acabaría nunca y se podría castigar como responsable de homicidio culpable al carpintero que ha construído un taburete poco resistente (1); pero sólo lleva ventaja y puede hacer alardes de ingenio porque olvida el principio elemental de que no toda causa mediata se debe castigar entre todas las causas á que podemos remontarnos, sino que se castigan únicamente aquellas que se revelan temibles, ilícitas, para usar una palabra propia de Mosca.

Así, el haber dejado la escopeta cargada constituye un hecho ilícito, temible. Ahora bien, si interviene otra acción temible, que en último resultado es causada por la primera y no se habría efectuado sin ella, ¿por qué habremos de decir que la responsabilidad de la primera causa desaparece y no afirmar lógicamente que esta vez la responsabilidad recae sobre ambos individuos?

El absurdo y la extrañeza de la teoría de Mosca todavía pueden verse mejor recurriendo á un ejem-

(1) Mosca, ob. cit., pág. 98.

plo que tomamos de Carrara (1) y que también Mosca cita en su libro.

El amo compra un paquete de arsénico, lo lleva á su casa y lo pone en la cocina, en el lugar donde se guardan la sal y otras drogas: la sirvienta envenena con aquel paquete un plato y ocasiona la muerte.

No hay duda alguna de que para Mosca, si el paquete de arsénico no estaba donde habitualmente se guarda la sal, pero estaba abandonado en lugar no seguro, el hecho de la sirvienta habrá de calificarse de ilícito y considerarse como el más inmediato y directo para que se efectúe el envenenamiento. Pero ¿quién se atrevería á decir que en esta hipótesis ha desaparecido la responsabilidad del amo por haber sobrevenido una nueva causa culpable? Si de una cosa no puede dudar nadie en semejante hecho, es precisamente de que la temibilidad revelada por el amo es mayor que la que la sirvienta ha demostrado, y que la responsabilidad debe recaer en su mayor parte sobre el primero (2).

De igual modo, es evidente la negligencia del guarda-frenos que no cierra bien una portezuela y ocasiona la muerte de un niño y de su padre que se lanza detrás para cogerlo (3) (responsabilidad admitida también por Mosca porque no hay, dice, nada ilícito en el hecho del niño y de su padre): así, aun-

---

(1) Carrara, *Programma*, Parte especial, vol. I, párrafo 1,095.

(2) Carrara (*Programma*, Parte especial, vol. I, párrafo 1,095 por nota) comprendía esto cuando escribía: «También en los casos de responsabilidad culpable de la causa *inmediata*, puede la culpa ser en ésta más leve y excusable, y gravísima é inexcusable en la mediata.»

(3) Para mayores detalles sobre la dolorosa causa que dió origen á una hermosa sentencia de que dieron cuenta todas las revistas jurídicas, véase Pessina y Galateo, *Memoria in difesa del guarda-freni David e della Società ferrovie meridionali*. Nápoles, 1891.

que sea bastante menor, es evidente la responsabilidad del farmacéutico que, á despecho de los especiales reglamentos que debía observar, vende ácido sulfúrico á un individuo que se envenena con él (1) (responsabilidad que Mosca niega porque interviene el hecho ilícito del suicidio).

Con todo esto comprendemos muy bien las incertidumbres de Mosca y las disquisiciones que, á propósito de culpa mediata, se han hecho sobre la causalidad general. Por un lado, justificamos á aquellos que dicen que falta la figura del homicidio culpable cuando el hecho imprudente no habría originado por sí solo el acaecimiento deplorable, sino que contribuyó necesariamente á producirlo el hecho de la víctima ó del tercero; por otro lado, comprendemos el pensamiento de los que encuentran los extremos del homicidio culpable hasta en el hecho de aquel que ha dado simplemente ocasión á la muerte culpable.

Por una parte, se tienen en cuenta las exigencias de la vida, de la defensa social, y no se consideran los absurdos que derivan en materia de culpa de la aplicación de las disposiciones de nuestro Código; por otra, se tiene en cuenta la injusticia que se cometería aplicando la ley si ciertas imprudencias fuesen declaradas homicidios, y se olvidan las exigencias de la vida cotidiana que deben ser siempre escrupulosamente respetadas por el legislador.

Se comprende cuál es el razonamiento de la Corte de Casación cuando niega la existencia del homicidio culpable en el hecho del farmacéutico que proporciona sustancias venenosas á quien después se mata con ellas: hay en ello el hecho intencional de

(1) Sobre el caso especial del farmacéutico, véase Ferri, *Omicidio-suicidio*, 2.ª edición, págs. 132-139. Turín, Bocca, 1895.

un individuo que quiere poner fin á su vida, y por consiguiente, la muerte es totalmente obra del suicida; hay una contravención á la ley sanitaria, de la cual se puede llamar al farmacéutico á responder pecuniariamente: ¿qué importa pues declarar, ya que no está exento de toda sanción, que es también responsable de homicidio por culpa?

Pero con todo esto, es bien lógica y justa y sentencia rectamente la misma Corte de casación cuando afirma la responsabilidad del guarda-frenos de ferrocarril. Este presenta ciertamente un peligro por el oficio que desempeña; hay después una Compañía avarienta que, muy probablemente, negada la culpa penal, se valdrá de esta sentencia para reducir al mínimum el resarcimiento del daño; la legislación no dispone, como en el caso del farmacéutico, de otros medios para castigar al guarda-frenos y á la Compañía, y entonces se recurre al párrafo aparte del art. 371 del Código penal aunque conduzca á consecuencias enormes, puesto que sin razón alguna, aumentándose la pena restrictiva de la libertad personal, en el caso de que las víctimas de la culpa sean más de una podrán aplicársele á aquel individuo hasta ocho años de reclusión (1).

---

(1) Tengo en este punto el placer de señalar una sentencia de la Corte de casación (28 Abril 1897) que resolvió científicamente la cuestión en que nos ocupamos, puesto que, encontrada en el hecho delictuoso una culpa inmediata, no se detiene en ésta y se remonta á la causa culpable, mediata, admitiendo la mayor responsabilidad de ésta.

«La culpa de carácter penal, dice aquella sentencia, no ha de circunscribirse á la consideración de la causa aparente, *aun cuando aparezca como inmediata;* sino que se ha de establecer *investigando la verdadera causa determinante del hecho*, la cual puede ser *mediata* y *remota*, sin que por esto venga á faltar el nexo con el efecto producido, que ha de referirse principal y más directamente á aquélla.

Con la cuestión de la culpa mediata está en conexión otra de la mayor importancia práctica: la relativa á la responsabilidad de las administraciones como entidades, ó de los administradores como particulares, en la hipótesis de impericia, negligencia, errores culpables cometidos por médicos, enfermeros, etc., respecto de aquellos que se curan en el hospital.

Exponiendo algunos casos concretos juzgados por la jurisprudencia y sobre los cuales la doctrina se ha pronunciado en sentido vario, tendremos lugar de manifestar nuestra opinión.

La Corte de apelación de Bolonia, con sentencia de 24 de Abril de 1894 anulada después por la de Casación de Roma, declaró á la administración de una Casa-Cuna responsable (en el caso especial de infección sifilítica) de los daños ocasionados á la salud de la nodriza de un niño expósito, por imprudencia y negligencia de los sanitarios adscritos á la institución y por inobservancia de los reglamentos por su parte.

La Corte de Casación en pleno, con sentencia de 10 Diciembre 1898, consideró á los encargados de la administración del hospital de los peregrinos de Nápoles personalmente responsables por el hecho de haber salido un enfermo de dicho hospital con la pierna deforme, porque para aplicar á la

---

»Por esto responde de homicidio culpable el presidente de una comisión de oficiales para los experimentos y estudios con el cañón de tiro rápido que con su conducta descuidada y negligente haya dado lugar á la relajación de la disciplina y al olvido de las normas y de las precauciones que se han de observar en experimentos tan peligrosos, aun cuando el hecho (muerte de dos soldados, heridas graves de otros dos) *haya de referirse como causa inmediata á la falta de atención de otros individuos.*» (Relat. L. Lucchini; véase *Rivista Penale*, página 136, Agosto 1897).

pierna enferma el aparato reparador, el médico hizo que le reemplazase un enfermero (1).

La sentencia de la Corte de apelación de Bolonia pugna evidentemente con los principios de la justicia y del derecho. Es inverosímil y enorme que la negligencia, la impericia de un enfermero, de un médico ó tal vez de un administrador ó del director, deban resolverse en un daño económico para la entidad hospital, y que aquel patrimonio constituído para fines filantrópicos por la caridad de los ciudadanos ó de la colectividad, deba consumirse, desaparecer ó hasta solamente ser disminuído en una pequeña parte por culpa de quien debería ser prudente y experto. En esta hipótesis, no puede tampoco imaginarse la culpa presunta, no puede aplicarse el principio *cuius commoda eius et incommoda*, porque en la administración, en la entidad hospital, no tenemos un ejercicio con fines de lucro, con ventajas personales, sino que tenemos por el contrario un instituto que sirve para un fin eminentemente público. Sería pues una cosa sin sentido aplicar la teoría según la cual el comitente responde de los hechos del comisionado, ó la del *cuius commoda*.

El resarcimiento del daño deberá ir evidentemente á cargo de aquellos que se revelan negligentes, imperitos, que han faltado á sus deberes ó descuidado aquellas normas que debían respetar; y en el presente caso especial, nos parece que la negligencia y la impericia estuvieron por completo de parte del cuerpo médico, que es el verdadero, el natural responsable por lo que se refiere á la parte sanitaria, higiénica.

Puede ocurrir que, en casos especiales, la culpa

---

(1) Véase *Rivista Penale,* Mayo 1897, págs. 451 y siguientes.

del médico se juntase á la de los directores y de los administradores que han dado órdenes, que han hecho reglamentos malos y anti-científicos (y esto se verificará más fácilmente en el caso de culpa de los enfermeros, que pueden ser elegidos sin el caudal de conocimientos que es necesario); pero aun en tal hipótesis, precisamente porque hay personas que han faltado á sus deberes y han demostrado una insuficiencia, contra ellos debe dirigirse la ley y ellos deben responder con su propio bolsillo.

En su virtud, llegando á la segunda sentencia, que ha suscitado ásperas críticas (1), nosotros no podemos dejar de aplaudir el principio en ella sancionado de que los encargados de la administración sean responsables personalmente del daño causado á los enfermos por culpa de los que están adscritos al servicio de los hospitales, en la hipótesis se entiende de que á la culpa inmediata de estos últimos se junte la mediata de los primeros.

Será siempre necesario recordar el principio desenvuelto, que puede demostrarse la falta de esta culpa, especialmente en los casos que nos ocupan, en que no hay un interés ó un lucro que les deriven á los administradores de la institución, y tanto más se debía recordarlo en este caso especial en que el verdadero y único responsable era el médico si había dejado la cura del enfermo al enfermero sin ser obligado á ello por el director, por el administrador ó por los reglamentos.

Pero, volvemos á repetirlo, si la culpa del enfermero y del médico puede unirse á la de los administradores y directores que ha dado origen á ella,

---

(1) Véase entre otros un artículo del abogado L. Rossi en el periódico *I Tribunali* de 18 Abril 1897, y otro del abogado Marenghi en el mismo periódico del 16 de Mayo 1897.

éstos son responsables personalmente y no puede intervenir nunca la responsabilidad de la persona jurídica, como quisiera Marenghi. «Cuando los administradores, escribe éste, nombran un director ó un médico ó toman un enfermero siguiendo las normas prescritas, no ejecutan una acción personal, la obra pía es la que nombra y toma á su servicio. De ahí que el médico, el director, el enfermero, no representan á los administradores personalmente considerados, sino á la obra pía». Sin embargo, representen á quien se quiera, no podrá decirse nunca que de la culpa responde civilmente la obra pía; de otra manera, se resentiría el fin para el cual existen y son pagados los administradores (1).

Los administradores cuya culpa queda comprobada, que hayan contravenido las obligaciones impuestas por los reglamentos, serán responsables personalmente, pero no se dará nunca el caso de que el patrimonio destinado á la curación de los enfermos ó á algún otro fin humanitario, tenga que responder de la negligencia de los médicos, de los administradores ó de los directores. Sólo en el caso de que el error dependa de reglamentos emanados de las autoridades superiores, del Estado, y también en el de que el patrimonio de los culpables no baste al resarcimiento, habrá lugar á la responsabilidad colectiva, total ó parcial según los casos, sin que por esto deba sufrir una disminución el patrimonio de la persona jurídica.

Lo que hemos dicho á propósito de la culpa mediata, nos allana el camino para resolver la cuestión según los principios positivistas.

Para remontarse á la causa culpable, lo que im-

---

(1) Contra la responsabilidad de la persona jurídica, véase un hermoso artículo de Gabba en el *Foro Italiano*, 1885, I, pág. 35 y sig., y también Mosca, ob. cit. pág. 129.

porta es encontrar el nexo causal, la relación de causa á efecto entre la obra del imprudente, del imperito, y el acontecimiento luctuoso. La responsabilidad no proviene para nosotros del hecho criminoso, sino de la temibilidad que revelan los agentes, de aquella imprudencia y de aquella impericia que demuestran ser peligrosas. Para volver á hipótesis juzgadas por nuestra jurisprudencia, en el caso del guarda-freno que no cierra bien la portezuela, establecida inmediatamente la responsabilidad de la compañía de ferrocarriles por la teoría del riesgo profesional, provistos como estaremos de un Código de ferrocarriles claro y preciso, diremos que el empleado ha dado muestras de negligencia y aplicaremos, una vez aquilatado el caso específico, una de estas dos medidas ó ambas á la vez: 1.°, suspensión temporal de empleo; 2.°, multa.

En el caso del farmacéutico que vende sustancias venenosas sin la debida cautela, recurriremos como hoy á la ley sanitaria.

Los dos individuos, pues, no responden, queriendo usar un lenguaje propio, de homicidio culpable; tanto es así que nosotros, según hemos visto, les llamaríamos culpables hasta si por una casualidad afortunada no hubiese resultado desgracia alguna de su acción imprudente.

Con nuestra teoría no llegaremos nunca á castigar á aquel empleado de ferrocarriles como culpable de dos ó tres homicidios, aplicándole hasta ocho años de reclusión, ni llegaremos al contrasentido, nosotros que sostenemos la completa irresponsabilidad del que concientemente ayuda á otro en su suicidio (1), de castigar al que inconcientemente suministra el medio maléfico para el suicidio. Castigamos

(1) Ferri ha desenvuelto esta teoría magistral y extensamente en el *Omicidio-Suicidio*, ya citado.

al farmacéutico, no por el hecho de la muerte, que depende de la actividad autónoma del suicidio, sino porque ha olvidado los reglamentos que para los fines de la seguridad social debe aplicar rigurosamente.

Con este criterio se resuelven todas las cuestiones relativas á la causa mediata: el productor de ésta que se mostró temible por haber faltado á cautelas, á deberes que la sociedad debería imponerle, será en general castigado con la multa ó con el resarcimiento de los daños.

A tenor de estos principios se eliminan también las inicuas consecuencias puestas de relieve por Mosca, quien hace notar que, admitiendo la responsabilidad en la causa culpable mediata, se castigan las culpas mediatas más leves y no las mas graves.

«Un padre, escribe Mosca (1), consiente que un hijo suyo de quince años, de inmejorable índole, vaya á jugar en una estancia en la que cuelga de la pared una escopeta cargada. Otro padre comete la imprudencia, bastante más grave, de hacer guardar un revólver á un muchacho de igual edad, fuerte y vengativo.

»Ahora bien, sentado que el primer jovencito al tomar la escopeta la deje caer en tierra y dé lugar á que se dispare y mate á un hermanito suyo, y que el segundo, habiendo tenido un altercado con sus compañeros, tire del revólver y mate voluntariamente á alguno, si se admite la imputabilidad penal de la causa culpable mediata, deberíamos nada menos que declarar al padre del primer muchacho responsable penalmente y al padre del segundo tan sólo civilmente del homicidio.»

La crítica de Mosca puede resistir á los artículos del Código, pero no á la teoría que hemos indicado,

---

(1) Mosca, ob. cit., pág. 165.

tanto más si se tiene presente que no distinguimos en los hechos culpables la responsabilidad civil de la penal.

Ambos padres han cometido una imprudencia y ninguno de ellos se ha hecho culpable de homicidio; cada uno por tanto incurrirá en una penalidad, la cual no será sin embargo de algunos meses ó años de reclusión, sino que consistirá en el resarcimiento de los daños ó en la multa. Notemos únicamente que, en el primer caso, la muerte de un hijo querido puede llamarse el castigo mayor para el padre imprudente, y que por lo tanto, en general no es útil ni humano recurrir á medidas especiales.

Esta resolución que proponemos es justa y científica, mientras que la teoría de Mosca (1), para el cual la responsabilidad de la causa culpable mediata ha de excluirse hasta *civilmente*, y admitirse solamente cuando los autores no hayan cumplido una obligación especial que les correspondía de hacer tal ó cual cosa, encaminada precisamente á impedir el hecho ilícito del tercero que sin tal incumplimiento no habría sido ejecutado, es una teoría absurda no sólo frente á la ley y á los Códigos, sino también frente á los principios de la justicia y del buen sentido, ya que un extraño que da una escopeta cargada á un niño para que con ella atemorice á sus compañeros, evidentemente no quedaría obligado, según Mosca, ni siquiera á la reparación civil de los daños en el desgraciado caso de que el niño mate con aquella arma á una de las personas á las cuales quería atemorizar.

Los principios positivistas resuelven, más prontamente aún que Mosca, la cuestión de si hay responsabilidad en la culpa seguida de caso fortuito.

El problema ha de plantearse discutiendo sobre

---

(1) Mosca, ob. cit., pág. 125 y sig.

la causa culpada mediata; con efecto, podría decirse que, en la presente hipótesis, el caso fortuito constituye la causa culpada inmediata, y que por lo tanto el individuo responde de la causa culpada mediata según la temibilidad que ha revelado (1).

El mismo Carrara (2), que muchas veces amolda sus principios á las exigencias de la práctica, escribe que el caso fortuito es á veces imputable, y que «cuando el acontecimiento haya sido preveible y prevenible, aunque su causa inmediata haya sido la *vis divina*, es necesario admitir una imputabilidad en razón de culpa», y poniendo ejemplos, escribe: «Presté mi libro á Ticio, y éste contrae al aceptarlo la obligación de conservarlo. En un día sereno de verano, Ticio se ha trasladado con mi libro á su jardín para leerlo en este gozando de su frescura. Llaman á Ticio para ir á comer, acude á la mesa y deja mi libro al aire libre. Inopinadamente, empieza á caer un aguacero que estropea mi libro por completo. ¿A los efectos civiles, será ó no será Ticio deudor de la indemnización? No creo que pueda dudarse. Pero la lluvia fué un caso fortuito, una *vis divina*. ¿Se imputa pues á Ticio el caso fortuito? No, prosigue Carrara, no se le imputa el caso en su punto de vista absoluto, sino que se le imputa en su punto de vista relativo. En otros términos, no se hace deudor á Ticio de la lluvia caída, sino del abandono del libro, que es un hecho voluntario,

---

(1) Véase Mosca, ob. cit., págs. 307 y 315, el cual, *contradiciéndose*, declara punible esta especie de causa culpada mediata. Véanse opiniones de juristas y sentencias que admiten esta misma culpa, en S. Scandurra-Sampolo, *La colpa che precede il caso fortuito ed il risarcimento del danno*. Palermo, 1897. Véase además la hermosa monografía de Carrara, *Sul caso fortuito (Opuscoli*, etc., vol. III).

(2) Carrara; *Opuscoli*, etc., vol. III, pág. 22 y siguientes, y *Programma*, P. G., párr. 270.

por el cual la *vis divina* se volvió relativamente dañosa para la propiedad».

En el último período. Carrara intuye la verdadera razón: no se responde del caso fortuito ó de la fuerza mayor, sino de la imprudencia que el caso fortuito ha dado modo de afirmar y de hacer notar.

No hay que ir, pues, buscando una distinción entre caso fortuito relativo y absoluto que no tiene fundamento científico alguno; basta pensar en el hecho culpable del individuo que ha revelado una temibilidad, puesto que no ha previsto el caso fortuito ú otro hecho no imputable, que podía seguir á su acción culpable y ocasionar un desastre, un daño.

¿Qué diremos de la teoría que quiere admitir la compensación de las culpas? ¿Puede sostenerse que la imprudencia, la negligencia, la impericia del damnificado, supriman la imprudencia, la negligencia, la impericia del damnificador y le hagan irresponsable? (1).

Naturalmente, no podemos admitir esta extraña teoría según la cual Masini, por ejemplo, dice que el imprudente y el descuidado no tienen razón de quejarse de quien por descuido ó imprudencia les ocasiona un daño, puesto que siempre queda la temibilidad, la imprudencia del damnificador, las cuales será necesario castigar. «El principio de que un delito debe compensarse con otro, escribe muy bien Stoppato (2), sería como la aplicación de una especie de talión privado, que trastornaría con su absurdo ético y jurídico todo el régimen represivo moderno».

---

(1) Contra la compensación, véase especialmente Mosca, ob. cit., págs. 93-6 y *passim*, y mejor que otro alguno, Stoppato, ob. cit., pág. 275 y siguientes. En favor, no muy explícitamente, Ferrini, ob. cit., en el ***Digesto***, n.º 123, y claramente Masini, ob. cit., págs. 173-176.

(2) Stoppato, ob. cit., pág. 272.

Supongamos, por ejemplo, que varios jóvenes se arrojan piedras unos á otros, y que una de ellas rompe la cabeza de alguno de los que toma parte en tan peligroso juego. ¿Podrá decirse seriamente que se verifica la compensación de las culpas? Ciertamente que también al individuo que ha sido ofendido podremos reprocharle un hecho ilícito é imprudente, que se puede decir ha expiado con su herida; pero su imprudencia no excluye la de sus compañeros, los cuales han revelado una anti-socialidad y deberán responder de ella ante la justicia (1).

Por lo demás, supongamos que el herido por la piedra fuese un tercero que pasaba por la calle: ¿acaso no habrían sido todos los que arrojaban piedras responsables solidariamente del luctuoso acontecimiento? ¿y por qué, si cambia la persona que es víctima del hecho, ha de claudicar la responsabilidad del que ha dado ocasión á él? Es innegable, sin embargo, que una parte del daño ha de atribuirla el herido á su propio hecho, y, por consiguiente, ha de quitarse del resarcimiento que le sería debido la parte en que él ha contribuído al hecho culpable.

Al mismo tiempo, es evidente que, en los hechos culpados que dependen por un lado de la falta de aquellas medidas preventivas que se requieren en ciertos trabajos y en ciertas obras, cuanto más aumenta la imprudencia del damnificado, tanto menor resulta la temibilidad del que materialmente pro-

---

(1) También Carrara advierte esto (*Programma*, P. G., párrafo 1,100) cuando, después de haber admitido por lo regular la compensación de las culpas, dice: «La razón de dudar podría surgir de que imponiéndose las penas en interés de todos los coasociados, los deméritos del ofendido y su imprudencia no son motivos suficientes para defraudar á los ciudadanos en la represión á que tienen derecho».

dujo el mal. En estos casos especiales puede verdaderamente aplicarse el principio que Nicolini quería extender demasiado (1) y que formulaba así: «Cuando el daño no deriva únicamente de la imprudencia del que se mueve y hace daño sino también de la imprudencia del que es movido y queda dañado, los grados de la culpa disminuyen en aquél á proporción que aumentan en éste».

Así, si en un recinto próximo al tiro al blanco, el guarda ha prohibido á alguien que entre explicándole la razón, y éste entra, sin embargo, en el recinto abriendo un agujero en la cerca ó saltando un muro, ciertamente disminuye hasta desaparecer la responsabilidad de los que tiraban sin precaución alguna, porque tenían el derecho de suponer que en aquel recinto no había nadie, aun pudiendo subsistir la responsabilidad de la dirección si no había tomado precauciones suficientes.

En tales casos, la imprudencia máxima del perjudicado hace que deba decirse que falta ó es mínima la responsabilidad del damnificador, y por consiguiente, sería enorme someter á la acción reparadora la causa material, inmediata del daño (2).

Sin embargo, habrá de recordarse siempre que aquel que con su industria, con el ejercicio de su actividad pone en peligro la seguridad, la salud pública, ha de desplegar una grandísima diligencia, y que, por lo tanto, cualquier imprudencia á él referible, basta sin necesidad de más para que intervenga el magisterio de la defensa social.

Es interesante ahora decir algo sobre la cuestión

---

(1) Nicolini, *Questioni di diritto*, parte 1.ª, conclus. 2.ª

(2) Chironi escribe (*Colpa extra-contrattuale*, vol. II, núm. 537, 1887) que el juez debe considerar «en qué proporción ha contribuído al daño la negligencia del damnificado, y podrá declarar compensada hasta ese límite la culpa del damnificador».

de si puede admitirse complicidad en los delitos de culpa, porque tal cuestión ha sido discutida recientemente y resuelta de una manera completamente distinta.

Por una parte, Setti, Alimena, Masini, Mosca, sostienen que ha de admitirse esta coparticipación; por otra Sighele, para recordar el que más debe interesarnos, combate esta coparticipación y niega su posibilidad, tanto con las teorías de la escuela clásica como con las de la escuela positiva (1).

Por lo que toca á la cuestión mirada desde el punto de vista de la escuela clásica, remitimos á los escritos de Mosca y de Setti; pero á fuer de defensores incansables de la nueva escuela, no podemos menos de someter á algunas observaciones los razonamientos de Sighele, que tienen más apariencia que agudeza.

Ciertamente que si la complicidad se hace consistir en el acuerdo de la intención, no puede haberla en los delitos de culpa, caracterizados precisamente por la falta de intención; pero si la complicidad no ha de mirarse bajo el aspecto exclusivamente jurídico, con criterios estrechos y abstractos, sino como un hecho en el cual, interviniendo varias indivi-

---

(1) Contra la complicidad en los delitos de culpa, además de Sighele, *La complicità ne' reati colposi*, etc., en la *Teorica positivista della complicità*, pág. 156-167. Turín, 1894, véase Carrara, *Opuscoli*, etc., vol. I, pág. 221, y *Programma*, Parte general, párr. 1,095, n.º 1; Castori, Puglia, citados por Mosca. En favor, véase Setti, *Dell'imputabilità*, etc., págs. 122-129; Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I. Doctamente la sostiene Mosca, ob. cit., págs. 67-96, y con ejemplos persuasivos y elocuentes Stoppato, obra citada, págs. 262-69. Véase también en favor Masini, ob. cit. pág. 198, y Campolongo, ob. cit., fasc. de Abril, pág. 57-92. Antes que todos estos, sostuvieron la complicidad en los delitos de culpa Chauveau y Hélie.

dualidades, es necesario tener en cuenta lo que ha hecho la una, lo que ha hecho la otra, la influencia que una puede haber ejercido sobre otra con el consejo, con el mandato ó con su autoridad propia, y por último la sugestión que el número puede haber ejercido sobre las personas haciendo en una multitud negligentes é imprudentes á aquellos que por lo regular tienen diligencia y prudencia, habremos de decir que las teorías de la complicidad son de aplicar no sólo á los delitos de dolo sino también á los de culpa.

Para refutar á los clásicos que afirman que en el delito de culpa puede muy bien existir el acuerdo, que recae entonces, no sobre el efecto dañoso, sino sobre el hecho que ha ocasionado la lesión no querida, Sighele se expresa así (1): «Para responder á esta objeción, basta observar que la culpa en tanto se recrimina en cuanto ocasiona daño; ahora bien, es evidente que si el daño producido es el único elemento que eleva á delito el hecho de la imprudencia, de la negligencia, para que en los delitos de culpa pudiese haber complicidad sería necesario que el acuerdo de las dos voluntades versase, no sobre la voluntariedad del hecho imprudente, sino sobre la voluntariedad del daño causado».

Todo esto será evidente desde el punto de vista de la escuela clásica, aun cuando también á este propósito nos permitimos hacer reservas; pero ciertamente no es evidente desde el punto de vista de la escuela positiva, para la cual, según hemos visto, debe admitirse la tentativa del delito de culpa.

Ahora bien, una vez admitido que el daño en sí no es la razón de la pena, sino que ésta se impone para reaccionar contra la temibilidad, deberemos

---

(1) Sighele, ob. cit., pág. 61.

investigar si puede encontrarse coparticipación en esta temibilidad, ó por mejor decir, en aquellos hechos que dan origen á la temibilidad, ó sea en la imprudencia, en la negligencia, en la impericia.

Con la teoría de la coparticipación, lo que se quiere medir y separar en el delito doloso es la maldad de cada individuo; con la teoría de la coparticipación, en el hecho culpado se desentrañan y pesan la imprudencia, la impericia, la negligencia de los varios agentes.

La pregunta, pues, que debemos hacernos para resolver la cuestión de la complicidad es la siguiente: ¿puede darse la coparticipación en la imprudencia, en la negligencia ó en la impericia? Y á esta pregunta, debemos darle una respuesta afirmativa.

Fijémonos bien en que la impericia y la negligencia han de versar sobre el mismo hecho, que han de recaer en el mismo contexto de acción; en suma, es menester un hecho culpado único, al cual contribuyan, material ó intelectualmente, varias personas. Es evidente entonces que cuando la imprudencia sea cometida por varios, procederemos con criterios distintos de cuando el culpable es único, puesto que, según decíamos, para juzgar con equidad la temibilidad de cada uno, será preciso tener en cuenta todos aquellos coeficientes individuales y aquellos fenómenos que se producen cuando estamos frente á la colectividad.

Dando ejemplos para robustecer su opinión, Sighele escribe (1): «Es natural que si, por ejemplo, dos niñeras abandonan á los niños en la orilla del mar y éstos cayendo en él se ahogan, cada una de ellas responde de homicidio culpado, pero separadamente, y no como cómplices una de otra, según quisiera von Buri».

(1) Sighele, ob. cit.

Ciertamente que si, por una hipótesis muy difícil, las dos niñeras, sin conocerse, sin acuerdo alguno entre sí, dejan en la playa á los niños atraídas lejos por algún bañista que hace ejercicios y juegos en el agua, no se podrá hablar en modo alguno de co-participación, como no se hablaría de co-participación en homicidio doloso si ambas niñeras, por una hipótesis aún más extraña, sin previo acuerdo, cogiesen al mismo tiempo y en el mismo lugar á los dos niños, y para vengarse ferozmente de los agravios recibidos de sus amos, los arrojasen al mar. Pero si, como en realidad se presenta el caso imaginado por von Buri (1), las dos niñeras abandonan á los niños de acuerdo para ir á divertirse, entonces la co-participación resulta evidente. Imaginemos que una de las niñeras sea joven, poco experta, y que á la otra, al contrario, por su edad y por el largo tiempo que lleva de servir deba atribuírsele lógicamente una prudencia mayor, é imaginemos que la joven sea estimulada, incitada por la otra á alejarse de la playa sin cuidar de los niños. ¿Cómo podría juzgarse equitativamente á la niñera joven sin tomar en consideración el hecho de la vieja, sin tener en cuenta la influencia, casi diría la sugestión, que sobre la joven puede haber ejercido la anciana?

Y después, dado el caso de que se ahogue uno solo de los niños y que se ahogue precisamente el de la niñera joven, ¿sería lógico y justo llamar á ésta sola á responder del homicidio culpado y dejar sin ninguna pena á la otra, que es más responsable?

Se objetará que en esta hipótesis podría recurrirse á la teoría de la culpa mediata, y como productora precisamente de causa culpable mediata, castigar á la niñera vieja; pero es extraño é ilógico recurrir

(1) Véase este ejemplo aducido por von Buri referido por Mosca, ob. cit., pág. 69.

á semejante recurso, puesto que la imprudencia de la causa mediata debe recaer sobre un hecho distinto del que constituye la causa culpada inmediata, mientras que en la hipótesis que nos ocupa, la imprudencia y la negligencia cometidas por las dos niñeras son innegablemente una sola cosa.

Sin seguir á Sighele en los demás ejemplos, que pueden refutarse con idéntico razonamiento, presentaremos un hecho culpable en que se afirma con evidencia la teoría de la co-participación.

A un muchacho indómito le asalta el deseo de pasear en barca á tiempo que el mar amenaza tempestad. Expresa su deseo á su aya, la cual, en vez de comunicar la intención del niño á sus padres que están cerca de allí, se aproxima á los barqueros y les pregunta si es posible contentar al muchacho. Un barquero joven se queda vacilando, mirando al mar, cuando llega su padre, un viejo que ha pasado la vida entre las olas, y le grita: «¿Pero de qué tienes miedo? No digo uno, diez llevaría hoy yo en mi barca». El joven, persuadido, desamarra la embarcación y pasea al niño por el mar. Pero sobreviene la tempestad, que hace zozobrar la barca, el barquero á duras penas consigue salvarse y el pobre niño se ahoga.

¿Podría negar Sighele que en este caso hay co-participación? Una imprudencia única, puesto que tanto el aya como el viejo marinero y el barquero habían de prever lo que desgraciadamente ha sucedido, una imprudencia única, de la cual ha de responder cada uno de los tres, ya que cada uno ha demostrado una temibilidad, bien que distinta.

Ahora ¿se podrá juzgar la imprudencia del aya que no ha avisado á los padres, sin tomar en consideración el asentimiento del joven barquillero? ¿Y se podrá juzgar este asentimiento sin recordar la opinión expresada por el viejo marinero? El hecho del

uno se conexiona con el del otro, y los tres versan sobre la misma cosa, dan origen á un hecho culpable único. Sería extraño juzgar al uno independientemente del otro, é instruir tres procesos por tres homicidios culpables, ó bien juzgar y condenar solamente al que ha llevado en la barca al infeliz niño.

Así tendremos co-participación culpable en los dos ejemplos ya clásicos del cochero que lanza el coche á todo correr por consejo de su amo que está dentro; de un niño que dispara un fusil mientras el padre le ayuda, y en el imaginado por Carrara (1) é indicado por Sighele. Un cocinero encuentra un paquete de arsénico, cree que es sal, pero por prudencia se abstiene de emplearlo. Llega un tercero que se ríe de su prudencia y le dice: «¿No ves que es sal?» El cocinero emplea el arsénico, y el envenenamiento por culpa queda consumado.

También en esta hipótesis hay imprudencia é imprevisión á la que dan lugar dos individualidades. Ambas serán, pues, responsables como co-partícipes, y en los casos especiales, será mayor la responsabilidad del amo que ha dado la orden al cochero, del padre que ha ayudado al niño en el manejo de la escopeta, del tercero que ha venido á apartar toda duda del ánimo del cocinero.

Pero Sighele reserva para lo último la objeción que debería destruir la teoría que admite la complicidad en los hechos culpables.

«En psicología, escribe el egregio positivista (2) no hay nunca simples mezclas, ó sea, aproximaciones inorgánicas de dos ó más cuerpos, sino siempre y únicamente combinaciones. La acción que resulta del concurso de dos ó más personas no es nunca

(1) Carrara, *Programma*. Parte especial, vol. I, párrafo 1095, n.° 4.
(2) Sighele, ob. cit., pág. 165.

una adición, sino siempre un producto. Aplicando estas verdades á la asociación de delincuentes, resulta de ello que así como una combinación química posee propiedades nuevas y distintas de las demás que estaban contenidas en cada una de las sustancias que la componen, así una sociedad criminal de dos ó más personas posee elementos que no existen, y que nacen ó se desprenden sólo en el momento en que los delincuentes, uniéndose, dan vida á la sociedad».

«Entre dos ó más reos de un delito de dolo, hay el objetivo común, que une el pensamiento del uno con el del otro, y que da vida á una verdadera sociedad, que como tal debe ser considerada; pero entre dos ó más reos de un delito de culpa, ese objetivo y por consiguiente ese vínculo faltan; no se establece sociedad alguna entre los coeficientes de aquel delito, y su responsabilidad debe por tanto ser considerada separadamente».

Muy bien dice Sighele que la acción resultante del concurso de dos ó más personas no es nunca una suma, sino siempre un producto; sin embargo, mal concluye de ello que no puede establecerse una sociedad entre los coeficientes del delito de culpa. También aquí, según hemos visto con los ejemplos arriba indicados, se forma verdaderamente una sociedad, no de malvados, sino de imprudentes, una sociedad en la cual el hecho de cada uno no puede juzgarse con recto criterio si no se pone en relación con el de los otros. En el hecho doloso, la sociedad da origen á un peligro especial determinado por la maldad de cada uno de los componentes; en el hecho culpable, la sociedad origina siempre una temibilidad especial, que es, en los casos concretos que hemos presentado, una consecuencia de las imprudencias de cada uno de los individuos, las cuales multiplicándose entre sí dan origen al acontecimiento luctuoso.

Mejor sin embargo que en los casos propuestos, podemos descubrir la sociedad culpable en aquellas acciones en que los co-partícipes llegan á cierto número.

Una turba de jóvenes va por la calle unida y compacta como un muro dando empujones á los transeuntes. Una pobre vieja, empujada por uno de estos mal educados, cae al suelo, da de cabeza en el borde de la acera, y se produce una grave lesión.

¿Cómo podremos en este caso llamar responsable único del hecho al joven que ha dado materialmente el empujón, y dejar en libertad á los demás? Por el contrario, es claro que, en justicia, hay que llamar responsables del hecho á todos aquellos jóvenes y tener en cuenta la influencia que el *meneur* puede haber ejercido sobre ellos, la especial y mayor imprudencia que cada uno puede haber revelado, la fuerza ciega que emana de un número más bien considerable de personas y muchas otras cosas.

Si en este hecho y otros semejantes no quisiéramos admitir coparticipacion, llegaríamos al ilógico absurdo de que cuando no se supiese quién ha dado el empujón que ha ocasionado la lesión, todos quedasen exentos de pena, siendo así que en realidad se ha producido un daño, y lo que importa más, todos, en el hecho de participar de aquella diversión poco culta, han cometido una verdadera negligencia y descuido al no prever, si no las probables, las posibles consecuencias de su acción.

Es innegable pues que el principio de la coparticipación debe afirmarse también en el hecho culpable cuando sea única la imprudencia ó la impericia que cometen varias personas juntas, acordes, y cuando la culpa recae sobre un contexto de acción único.

Cuando las personas constituyen la multitud, so-

bre la cual ha escrito Sighele con tanta brillantez (1), tendremos para la masa de copartícipes una disminución de responsabilidad. Cuando se trate de un número escaso, cuando no existe lo que caracteriza á la multitud, no deberemos siempre agravar la responsabilidad, como sostiene Sighele (2), pero tendremos en cuenta lo que cada uno ha hecho con relación á los demás.

Con tales criterios, llegaremos frecuentemente á la conclusión de que tendremos para algunos copartícipes una disminución de responsabilidad, y para otros, de quienes la sociedad tenía derecho á esperar mayor prudencia, un aumento que variará según los casos.

Poco tenemos que decir sobre el principio que deriva, como nota Stoppato (3), de la doctrina eclesiástica y que dice *versanti in re illecita imputantur omnia quæ sequuntur.*

Recordando este principio fundamental de la temibilidad, es necesario sostener que la legítima defensa y el estado de necesidad anulan toda responsabilidad hasta en el hecho culpable, como por ejemplo en la hipótesis del que dando rienda suelta á sus caballos para librarse de bandidos que le han asaltado en medio del campo, mata á un viandante que queda aplastado por el coche; ó del que, lanzándose en busca de la puerta de una iglesia ó de una sala llena de gente para huir de un incendio que estalla de improviso, pasa por encima de los desventurados que han caído en tierra, causándoles lesiones ó la muerte.

---

(1) Sighele, *Folla delinquente*, Turín, 1895

(2) Sighele, *La teorica positivista della complicità.* Turín, 1894; y *contra*, un artículo mío, *Es siempre una agravante la complicidad?*—en la *Scuola positiva*, Mayo 1896.

(3) Stoppato, ob cit., pág. 32.

Y así, respecto de las enfermedades mentales, sirven en general las normas que regulan los delitos de culpa; en este caso, la imprudencia y la negligencia no hacen más que poner de relieve una temibilidad por efecto de la cual han de tomarse, naturalmente, todas las prevenciones que exigen la defensa y la seguridad social.

Es imposible enumerar todas las cuestiones jurídicas en que se presenta la culpa de una individualidad, y por lo demás, es hasta inútil, ya que todas se resuelven á tenor de los principios tantas veces repetidos. Es preciso buscar siempre dónde están la temibilidad, la incivilización, y castigarlas con las medidas reparadoras y represivas que se demuestra son más adecuadas y oportunas para cada caso concreto.

Sólo teniendo siempre presente este principio y abandonando todas las disquisiciones metafísicas que han fatigado á los juristas de la escuela clásica, podremos llegar á conclusiones y soluciones que respondan igualmente á los sugerimientos del buen sentido, á las exigencias de la defensa social y á los principios de la verdadera ciencia.

CONCLUSIÓN

«En el derecho criminal es donde radica el centro al cual convergen los nervios más vivaces, las venas más delicadas del organismo del derecho; cada impresión, cada sensación se traduce en él exteriormente y de una manera visible. El derecho criminal es aquel aspecto del derecho que refleja la individualidad toda entera del pueblo, sus pensamientos, sus sentimientos, su carácter, sus pasiones, su grado de civilización ó de barbarie, toda su alma; en una palabra, es el derecho mismo. La historia del derecho criminal de los pueblos, es un fragmento de la psicología de la humanidad.»

Esto escribía un gran filósofo del derecho, Rodolfo Ihering (1), y si nosotros, al considerar nuestras leyes punitivas, tenemos presente la profunda sentencia del escritor alemán, habremos de formarnos una idea bien triste de nuestros pensamientos, de nuestros sentimientos, de nuestro carácter, de nuestro grado de civilización.

Allí donde hay una lesión injusta de derecho, cualquiera que sea la causa de donde provenga, allí

---

(1) R. Ihering, *La faute en droit pénal*, traducido por O. de Meulenaire, pág. 3. París, 1880.

donde hay una amenaza y un peligro para la seguridad social, el legislador debería intervenir solícito, proveyendo y tratando de eliminar las causas del mal, reparando en lo que puede el derecho ofendido, conjurando el peligro cercano.

Por el contrario, hemos tenido ya ocasión de comprobarlo repetidas veces, en el vasto campo de los hechos culpables esta amplia defensa social es descuidada y olvidada. Pueden muy bien los operarios destruir sus miembros y echar á perder su salud por culpa de avaros y egoístas industriales, pueden inocentes criaturas heredar los gérmenes de terribles enfermedades de quien está infectado por ellas, pueden los hijos recibir de sus padres una educación que les hará degenerados y criminales: nuestro código penal no se preocupa ó se preocupa muy poco de todo esto. Contiene artículos especiales para castigar el delito cometido por el que espiguea, rastrilla ó rebusca en las propiedades ajenas, pero no siente la necesidad de castigar á todos aquellos que por egoísmo, por falta de sentido moral, por ignorancia injustificable, ocasionan daños á veces graves é irreparables al cuerpo ó á la psiquis de un co-asociado.

Dirán algunos que en todos estos hechos culpables á que hacemos alusión, no hay las características que definen y constituyen el delito; á veces falta la maldad, á veces falta un nexo material entre la acción del agente y el daño que de ella ha derivado, á veces es el daño mismo lo que no puede comprobarse materialmente, ó aun cuando exista, más bien debe considerarse como resultado de la desgracia que de la acción ajena.

Todo esto significa bien poco para nosotros. El derecho penal está destinado, como todas las instituciones sociales, á experimentar una lenta pero continua transformación, de suerte que los criterios

que en otro tiempo servían para determinar el delito, hoy no son ya suficientes y adecuados para ese objeto. Los conocimientos científicos llevan cada día al descubrimiento de nuevas verdades, de nuevos datos, y el derecho penal, que naturalmente se ha de basar también en la ciencia, necesita tener en cuenta estos datos y estas verdades, modificándose y transformándose con los progresos de la ciencia.

La ciencia nos enseña que el daño puede existir por y derivar de la obra de un individuo hasta cuando no sigue instantáneamente á ésta y no aparece material, palpable; la ciencia nos enseña que, alguna vez, los efectos de una causa han de buscarse muy lejos de ésta, donde nunca imaginaría el observador superficial; y lógicamente por tanto, si el derecho penal quiere ser ciencia, ha de aprovechar estos resultados y tenerlos en consideración cuando ha de establecer dónde hay delito y cuáles son las acciones criminosas.

Finalmente, tampoco es la maldad un criterio respetado por la ciencia moderna. Según hemos podido ver, la antropología y la filosofía demostraron que la maldad, tomada esta palabra en la significación que se le da vulgarmente, es un absurdo, una cosa sin sentido, una expresión á la que no responde una idea científica. Individuos hay que tienen instintos depravados, que obran podría decirse por móviles malvados; pero no son los únicos contra quienes es preciso ejercer la defensa social. Si se castiga la sola maldad, la sociedad no se defiende.

Es necesario mirar el peligro con que el hecho del individuo amenaza al co-asociado, teniendo en cuenta para medirlo las condiciones en que se encuentra el agente, el ambiente en que vive, los móviles que le han impulsado á obrar. En una palabra, lo que se impone es el criterio de la temibilidad, con tal que la palabra «temibilidad» no se entienda

en un sentido limitado y vulgar, sino que tenga una amplitud tal que comprenda también aquella antisocialidad, aquella anticivilidad contra las cuales es menester reaccionar. Cuando se mire al individuo temible y se nos quiera defender contra éste, vemos cuán mezquino é ilógico es dar valor á lo que se llama maldad. Habrá que declarar persona temible contra la cual es necesaria una defensa social, el pobre pirómano á quien la locura impele á prender fuego por todas partes, habrá de declarar temible á la desgraciada que infectada por culpa de su marido de una enfermedad venérea, no puede ya vivir en la sociedad de las personas sanas, en la que es una amenaza continua para la salud ajena; y sin embargo, nadie dirá que aquel pobre loco y aquella desventurada sifilítica son unos malvados.

Así es que cuando hablamos de delito, entendemos hablar de hecho temible, de acción peligrosa; cuando hablamos de pena, entendemos referirnos á todas aquellas medidas, de cualquier clase que sean, que pueden servir para reprimir tales acciones peligrosas.

Pues qué, se dirá, ¿equiparáis al que delinque por maldad al que causa perjuicio únicamente por una desgracia que le ha ocurrido, equiparáis al delincuente vulgar con los locos y con la víctima de la culpa ajena?

De este modo hablarán muchos, pero todos ellos se mostrarán, al decir esto, conocedores poco sabios de la psiquis humana, ignorantes de lo que la ciencia ha puesto en la actualidad espléndidamente de manifiesto.

También el malvado es un enfermo, y el odio y la repulsión contra él no tienen razón de ser, ya que el malvado no es tal por libre elección de su voluntad; es un desventurado como el loco pirómano, como la pobre sifilítica que lo es por culpa de su propio marido.

La maldad—esa terrible enfermedad producida por tantas causas antropológicas y sociales—no es algo que pueda avergonzar al individuo; representa simplemente un conjunto de motivos que le impelen á la acción criminosa, un móvil que alberga en su ánimo sin que él tenga la culpa, sin que él lo haya querido, puesto que ningún individuo está dotado de libre voluntad, y por lo tanto, ninguno tiene la culpa de sus acciones.

Cuando las cosas, pues, se consideran de este modo, la acción criminosa, el delito, pierden la significación moral que vulgarmente va aneja á ellos: si llamamos delito el hecho del homicida por sed de sangre y del ladrón por instinto, podemos llamar delito la imprevisión del industrial que ha ocasionado la explosión de una caldera, la falta de ciencia del médico que ha matado al enfermo confiado á su cuidado.

Ihering, también en el hermoso estudio que hemos citado, dice que la historia de la pena es una abolición constante, y como verdadero hombre de genio, intuye una verdad que con sus teorías científicas no habría podido demostrar nunca. La historia de la pena es una abolición constante porque cuando el delito haya perdido la significación anticientífica é ilógica que hoy tiene, por una fatal necesidad también la pena habrá de modificarse, habrá de experimentar una gran transformación: la pena establecida para castigar la maldad voluntaria del agente, la pena de los juristas y de los moralistas habrá cesado de existir, habrá sido abolida del todo, y en su lugar existirán prevenciones defensivas que también podrán llamarse penas, pero que nada tendrán de común con la pena-castigo de nuestros tiempos (1).

---

(1) Véanse estas ideas sabiamente desenvueltas en el

Con estos criterios, no olvidando nunca estos principios, es cómo ha de considerarse el derecho penal y reaccionar contra todo hecho injusto, ofensivo. En estos criterios y en estos principios hay que basar la idea de la responsabilidad.

Decía Augusto Comte (1) del problema de la reorganización social, que desde el punto de vista lógico puede reducirse á la condición siguiente: construir una doctrina que sea en su desarrollo consiguiente siempre con sus principios. Lo mismo podría repetirse del problema de la responsabilidad: es necesario que en todas las aplicaciones se encuentren los mismos principios, las mismas ideas fundamentales sin esfuerzo y sin ergotismos; de otra suerte, ó los principios son falsos, ó equivocadas las aplicaciones.

Cuando hablan y discuten acerca del delito de culpa, los clásicos se ven obligados á doblegar sus teorías, adaptarlas á las exigencias de la práctica, á deformarlas y girar alrededor de ellas. La escuela positiva, por el contrario, claramente, lógicamente dados sus principios, llega á sostener y á demostrar la responsabilidad por todos los delitos de culpa.

Donde quiera que hay una actividad que daña ó que amenaza dañar, ha de intervenir la ley para restablecer la seguridad y eliminar las causas del mal; la defensa es de rigor cualquiera que sea el móvil que determina la ofensa, dependa ésta de brutalidad, de imprudencia, de falta de sentido moral ó de impericia; sólo que cuando habremos de escoger el medio defensivo más eficaz y más adecuado, será

trabajo de Ferri titulado: *La justice pénale (Son évolution, ses défauts, son avenir)*, págs. 83 y siguientes. Bruselas, 1898.

(1) Comte, *La Sociologie*. «Résumé» par E. Rigolage, pág. 2. París, 1897.

preciso tener en cuenta el móvil que ha impelido al individuo á obrar.

Cuando el principio de la defensa social haya logrado ser reconocido, conforme exigen la razón y la ciencia, el delito de culpa adquirirá una gran importancia, ya que los delitos de culpa van aumentando hasta en aquellos países en que las formas de delito doloso disminuyen y se atenúan, puesto que la ciencia nos da el modo de poder comprobar y descubrir cada día especies nuevas y diferentes de semejantes delitos.

Nuestra civilización, que tiene una base industrial y capitalista, tiende fatalmente á aumentar la delincuencia llamada involuntaria, y, por lo tanto, sería lógico y natural que los códigos penales modernos proveyesen con medidas enérgicas, eficaces, á esta forma de criminalidad, que amenaza llegar á ser predominante, y que sin embargo representa un grave peligro.

Más ó menos concientemente, en toda sociedad, en todo tiempo, el derecho penal ha contenido, ó por mejor decir, ha entrevisto la idea de la defensa social teniendo en cuenta los intereses que preponderaban ó que se creían más importantes.

Cuando el poder del soberano fué grande, cuando existió la hegemonía del despotismo y de la tiranía laica, vemos que se castigan como graves delitos las menores ofensas á la majestad del soberano, que llegan á ser hasta crímenes el desprecio y el olvido de las manifestaciones de reverencia y de devoción. Sucedía esto porque en aquellas sociedades se suponía que todos los intereses y todos los derechos convergían al soberano y á la corte, que el soberano representaba la colectividad en todos sus intereses, y parecía que protegiendo y asegurando su nombre y su grado, se ejecutaba la obra más eficaz y verdadera de defensa social.

Cuando en la sociedad predominaron las castas religiosas, cuando los sacerdotes tuvieron el sumo poder y éste fué ejercido en su nombre por sus hechuras, las ofensas más leves á la divinidad y á las leyes juradas por los sacerdotes en nombre de Dios, se persiguieron con las penas más atroces: se castigó con la muerte la inobservancia de las vigilias, se sancionaron graves penalidades para la blasfemia, se torturó hasta el pensamiento con infames inquisiciones. Y esto se hizo, no por maldad de los gobernantes ó de los sacerdotes, sino porque se suponía que los intereses más grandes radicaban en la religión, que tan solamente con el respeto y la devoción á todas las prácticas establecidas por ella podía obtenerse la prosperidad y la salud, y que, por lo tanto, era verdadera defensa social castigar á aquellos que no se prosternaban ante la divinidad, que contrastaban con las ideas religiosas del tiempo.

A menudo, ó más bien siempre, han sido equivocadas las concepciones de los verdaderos intereses; casi siempre se tuvieron ideas falsas y bárbaras sobre los fines que una sociedad ha de proponerse. Esto podemos comprobarlo estudiando el derecho penal de todos los países y de todas las épocas: se castigan más severamente, se prevén más minuciosamente las acciones que perjudican los intereses que se creen dominantes, los derechos más fuertes. Baste recordar, por ejemplo, que según los estatutos de Bolonia, en los tiempos en que la Universidad fué más gloriosa, los doctores, aun los venidos de fuera, eran defendidos al par de los nobles y estaban conminadas penas mayores que las ordinarias contra los delitos cometidos en daño de los estudiantes, porque (dice Calisse) (1) era un interés público

(1) Calisse, *Storia del diritto penale italiano*, pág. 188. Florencia, 1895.

que los estudios cobrasen cada vez más fama y estuviesen concurridos.

Así pues, hoy que empieza á tenerse una idea justa y científica de los verdaderos intereses predominantes, de los derechos que deben ser reconocidos, también el Código penal habría de dirigirse contra hechos que ofenden tales derechos, que desconocen tales intereses.

La ciencia ha expulsado de su camino los prejuicios religiosos, aristocráticos, morales, que por tanto tiempo habían imperado.

Al fin hemos llegado á comprender que, en nuestras sociedades, los intereses dominantes deben ser siempre los de las mayorías trabajadoras, y, por consiguiente, que las presentes legislaciones penales deberían proteger estos intereses, reconocerlos, hacerlos respetar.

Serían necesarias, á este fin, disposiciones que mirasen un buen número de delitos de culpa, y sin embargo, tales disposiciones faltan y todavía faltarán por algún tiempo.

Sucede esto por muchas razones en las cuales es inútil detenernos, y que por lo demás ya hemos indicado: difícilmente puede el legislador tener en cuenta, sin otra preocupación alguna, los resultados de la ciencia.

Sin embargo, la tendencia es ciertamente la que hemos recordado: los Códigos penales que se redactarán y se modificarán de aquí en adelante, ya no podrán olvidar ciertos delitos de culpa, ciertas imprevisiones y ciertas ignorancias, y proveerán un poco mejor á la verdadera defensa social.

Las naciones más civilizadas han empezado ya esta obra altamente humanitaria y científica, y el proyecto de Código penal suizo contiene disposiciones verdaderamente científicas y positivas con las cuales se castiga al que involuntariamente, pero re-

velándose peligroso, atenta á los derechos y á los intereses de la mayoría trabajadora (1).

Pero no deben ser tutelados únicamente los derechos de la mayoría; hay que tutelar también en toda ocasión, en toda eventualidad, los derechos de cualquier coasociado cuando sean lesionados injustamente.

Sin embargo, en el delito de culpa habrá de procederse con diferentes criterios según que el daño producido ó el peligro que se ha hecho correr involuntariamente, tienen por causa la acción del individuo, la de un grupo, ó la de la colectividad, del Estado.

Según hemos podido ver en el curso de nuestro estudio, cuando es el individuo el que como particular causa un daño involuntario y es causa de un delito de culpa, para comprobar su temibilidad y medir el grado de ésta ha de procederse con mucha cautela: antes de conminar una pena, es preciso tomar en consideración una cantidad enorme de circunstancias, ya que pueden encontrarse en su justificación ó disculpa mil hechos que demuestran que la acción temible, anticivilizada del individuo, es una cosa extraña á su individualidad, que es por lo regular previsora, cauta, experta en el desempeño de las funciones que le están encomendadas. Podría decirse que en semejantes hipótesis tenemos sólo una presunción *iuris tantum*; antes de declarar á un individuo temible, peligroso, hemos de considerar todo lo que puede excusarle.

Pero cuando el individuo no debe considerarse como particular, sino como formando parte de un grupo especial, de un particular agregado al que están

---

(1) Véanse los artículos del proyecto suizo que á su tiempo hemos enunciado, especialmente los artículos 34, 68 y 165.

confiadas funciones especiales, será inútil, para afirmar la temibilidad, proceder con los criterios que se siguen frente al particular. Al formar parte de aquel determinado grupo, de aquel agregado, el individuo sabe ó debe saber todos los peligros á que se expone, ha de conocer todas las causas que pueden conducir á un acontecimiento dañoso para los terceros. Además, cuando obra como formando parte del grupo, ha de prestar especial atención y tener particulares conocimientos: entonces, si el acontecimiento lamentable se verifica, si la catástrofe se consuma, no será difícil establecer la responsabilidad del agente. Aquella negligencia, que para el particular era mínima y por ende excusable, para el que es director de una empresa industrial, para el que es médico ó cirujano, se convierte en negligencia grave, que revela temibilidad y peligro. En este caso tendremos una especie de presunción de culpabilidad, próxima á la presunción que jurídicamente se llama *iuris et de iure.*

Finalmente, el Estado, representante de la colectividad, no puede invocar excusa ó justificación en los casos en que nos dirigimos á él para el resarcimiento de un daño injusto: á él no se le concede en absoluto la prueba en contrario, para demostrar que su negligencia y su ignorancia no existen. La responsabilidad de la coasociación está para nosotros fuera de toda culpa probada y comprobada: tan verdad es esto, que aun en los casos en que la culpa recae sobre el individuo, pero éste no puede resarcir el daño causado, la responsabilidad pasa á la colectividad, al Estado, que en esta hipótesis tiene la obligación del resarcimiento. En tal caso, la prueba se convierte en un elemento despreciable frente á las exigencias de la justicia, que quieren sea reconocido al desventurado, á la víctima de lo fortuito, el derecho de ser socorrido por los que forman parte de su coasociación.

Cuando hayamos olvidado todos los prejuicios de clase, de moral, de religión, que hoy encepan el derecho y le impiden desenvolverse y perfeccionarse; cuando consideremos el delito de culpa en el amplio sentido que hemos visto, sin arbitrarias é ilógicas restricciones; cuando sancionemos medidas preventivas radicales sin temor de que la sociedad se arruine; cuando recurramos á métodos represivos, enérgicos sí, pero siempre humanos y sociales, entonces la marcha del delito de culpa (como por lo demás la de todos los otros delitos) irá disminuyendo y tendremos en la tierra menores infelicidades, menores miserias.

* * *

Una última objeción nos reservarán en este punto nuestros adversarios, diciendo que si todo lo que afirmamos fuese verdad, siempre resultaría inútil invocar la obra del legislador, que no hace otra cosa que dar fuerza de ley á los pensamientos y á las costumbres de la época, de donde que sea preciso cambiar éstos y no esperar en su obra.

En el hecho ilícito de un individuo puede haber previsión de las consecuencias que de él pueden derivar, y si llamamos á responder del delito de culpa al que obra lícitamente, con mayor razón deberemos llamar á responder al que lleva á cabo un hecho ilícito, porque la negligencia y el descuido aparecen más graves en aquel que ejecutando un acto contra el derecho, no prevé las lamentables consecuencias que de su acción pueden derivar.

Un hombre del campo, brutal, arremete hoz en mano contra un muchacho que, encaramado en un manzano, coge alguna fruta, amenazándole con herirle; el pobre muchacho, atemorizado, se tira del árbol y se hace daño. Nadie negará en este caso que

el labrador aparece temible por dos hechos distintos: primeramente por la brutalidad que le hace reaccionar contra el hecho del muchacho de un modo demasiado grave; en segundo lugar, por la negligencia en que incurre no previendo las consecuencias de un hecho ilícito.

Por lo general, sin embargo, no debe decirse que está llamado á responder de la grave enfermedad que ha sobrevenido al muchacho ó de la muerte de éste. Solamente diremos que la desgracia del muchacho pone de manifiesto un motivo más para considerar peligroso á aquel hombre, para agravar por lo tanto la pena pecuniaria ó corporal, que podrá fijarse en proporción al daño causado.

En la hipótesis de que suceda al hecho ilícito ajeno un hecho luctuoso impreveíble que trae origen del ilícito, es cierto que la responsabilidad del hecho impreveíble no puede hacerse remontar al autor del hecho ilícito, puesto que nadie en su lugar hubiera podido prever las consecuencias que derivaron de su mal obrar.

Sin embargo, es preciso hacer notar, tanto más cuanto que Mosca (1) discutiendo sobre esta materia no parece haberlo advertido, que lo que es casualidad para el que lleva á cabo un hecho lícito, puede ser culpa para quien ejecuta una acción ilícita, ya que el individuo, en el mero hecho de saber que comete un agravio, ejecuta una acción que será mas conciente que todas las ordinarias lícitas generalmente llevadas á cabo por él, y por consiguiente tiene modo y tiempo de prever todas las posibles consecuencias de su obrar. De ahí que, ó no ha habido en ella previsión y tenemos una negligencia mayor, ó no ha contribuído á disuadir al individuo

---

(1) Gumplowicz, *La lutte des races*, pág. 348. París 1893.

del hecho ilícito, y por lo tanto es necesario decir que la maldad del agente se revela mayor (1).

Como es fácil ver, en todas estas hipótesis jurídicas es preciso recurrir al criterio de la temibilidad para juzgar si un hecho culpable ha de quedar impune, para medir cuál y cuánta ha de ser la reacción defensiva de la colectividad.

Hay algo de verdad en esta objeción, pero más hay en las siguientes hermosas palabras de Gumplowicz (2) que refutan las razones de nuestros adversarios: «Piénsese en la tenacidad con que en todos los campos de la vida se han conservado los prejuicios de las masas, que, incapaces de pensar por sí mismas, desprovistas de raciocinio, se apegan á lo que se les ha inculcado en su infancia y en su juventud. Esta masa inmóvil, estancada, es inaccesible á las nuevas corrientes intelectuales independientes; continúa siendo indolente, apática, apegada á las tradiciones del pasado y mira con desconfianza toda innovación por razonable que pueda ser... Esta es la razón de que no pueda comprobarse un progreso, al menos exterior, más que allí donde el Estado piense en promoverlo.»

Esto sucede en todas partes, y tampoco en el campo del derecho penal podríamos hacer constar pro-

---

(1) Mosca, ob. cit., pág. 182 y siguientes.

(2) Ya Carrara había á este propósito dado en el blanco, retractándose de una antigua opinión suya. «La regla *qui versatur*, dice, ó es falsa ó inútil. Es falsa si se quiere llevar á la responsabilidad del agente un caso no preveible, por la única razón de que el agente se inclinaba *in re illecita*. Es inútil (y ya no es excepción, sino regla ordinaria), si se supone que el caso fuese preveible; porque entonces surge la figura de la culpa, cuya responsabilidad en los casos convenientes se admite, así á cargo de quien se inclina á cosa ilícita, como á cargo de quien se inclina á cosa lícita». (*Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, pág. 11 y siguientes.)

greso alguno, si el Estado no lo promoviese. Y para que el Estado lo haga, es necesario que se organice y funcione de un modo muy distinto del actual, es menester que los estudiosos combatan contra el derecho codificado de hoy, que revelen sus injusticias y sus faltas de lógica, sus ridiculeces y su barbarie, que pidan continuamente, insistentemente, reformas y transformaciones conformes á lo que la ciencia sugiere y pretende.

Rodolfo Ihering escribía en su *Historia del derecho romano* (1), que el derecho es Saturno que devora á sus propios hijos, y repetía después en otra obra (2): «El derecho no puede reverdecer por ningún otro medio que no sea renegando de su propio pasado.»

Por esto nuestra escuela, que precisamente reniega de todo el pasado del derecho, habrá de combatir mucho y con energía para hacer triunfar sus ideas y las verdaderas doctrinas, habrá de arrancar á viva fuerza las máximas jurídicas que algún día prevalecerán y serán sancionadas en los Códigos.

Esta vez, sin embargo, el triunfo no está lejano.

Así como la luz de los astros que resplandecen por la noche en la bóveda del cielo, es luz de tiempos, de siglos que fueron, así el derecho que emana de los Códigos que nosotros queremos reformar y transformar, es derecho de épocas desaparecidas, de hoy más condenado para siempre por la ciencia nueva.

---

(1) *Der Geist des Römischen-Recht*, II, 1, párr. 28 (Aufl. 2, párr. 67).

(2) *La lotta per il diritto*, pág. 150. Milán, 1875.

FIN DEL SEGUNDO Y ÚLTIMO TOMO

ÍNDICE DEL TOMO II